REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *CIVIL LAW* Y EL *COMMON LAW: CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL* Y LA *MISREPRESENTATION* COMO PILARES JURÍDICOS

William R. Lizárraga Ugarte

FONDO EDITORIAL LIZARRAGA LAW FIRM, PLLC

William R. Lizárraga Ugarte

Repensando la responsabilidad precontractual en el *civil law* y el *common law: culpa in contrahendo, promissory estoppel* y la *misrepresentation* como pilares jurídicos

2

FONDO EDITORIAL LIZARRAGA LAW FIRM, PLLC

Título: **Repensando la Responsabilidad Precontractual en el *Civil Law* y el *Common Law***
Volumen II
William Robert Lizárraga Ugarte
Wlizarraga.lawfirm@gmail.com
Editor: Fondo Editorial LIZARRAGA LAW FIRM, PLLC
3753 90th Street, Suite 3, Jackson Heights New York 11372
Estados Unidos de Norteamérica

Primera Edición - Septiembre 2024.
Tiraje 1000 ejemplares.
ISBN 979-8-218-98425-0

Library of Congress Control Number: 2024917288
Número de Control de la Biblioteca del Congreso de los EE.UU.: 2024917288

Se terminó de imprimir en:
Impresiones GITISAC Industria Edigraf
Jr. Azángaro No. 1047, Lima-Perú
Diseño y diagramación Carlos García.

Índice

Capítulo III
RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL COMMON LAW: LA *MISREPRESENTATION* DEL *COMMON LAW*

1. Introducción 464
2. Responsabilidad precontractual en el *common law* americano 467
   - 2.1. El UCC (Uniform Commercial Code) y la buena fe 467
   - 2.2. Sobre la Buena Fe en la Ejecución y Cumplimiento de los Contratos de Bienes y Servicios 480
   - 2.3. La Relación Fiduciaria y la Obligación de Actuar de Buena Fe en la Etapa Negocial 483
   - 2.4. Ausencia de la Obligación de Divulgar en Inglaterra 490
3. La *Misrepresentation* del *common law* 492
   - 3.1. Hacia un concepto 492
   - 3.2. *Misrepresentation* en la inducción y misrepresentación en la ejecución: sus elementos 497
     - a) Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos 499
     - b) La aseveración debe ser fraudulenta o material 504
     - c) La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad 506
     - d) La confianza del receptor debe ser justificada 506
   - 3.3. Casos del Segundo Restatement de Contratos § 161(b) 506
   - 3.4. Casos del Segundo Restatement de Torts § 551(1) 517

3.5. Diferencia entre el *misrepresentation* bajo el Segundo Restatement de Contratos y bajo el Segundo Restatement de Torts: sus efectos 528

4. *Misrepresentation* (*misrepresentation o falsedad*) fraudulenta y *misrepresentation* negligente 529
5. Sobre la CIC y la *misrepresentation* 535
6. Análisis comparativo de la jurisprudencia del civil law bajo las teorías de la CIC y *misrepresentation* 542

6.1. España 542

A) Caso Banco Atlántico: STS 31-10-2001 (RJ 8493/2001) 542
a) Antecedentes del Caso 542
b) Análisis del Caso 546
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 548

B) Caso Cement Roadstone España: STS 30-01-2008 (RJ 222/2008) 552
a) Antecedentes del Caso 552
b) Análisis del Caso 553
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 554

C) Caso Gata Capital: STS 11-02-2016 (RJ 502/2016) 559
a) Antecedentes del Caso 559
b) Análisis del Caso 560
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 562

D) Caso Plus Ultra: STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009) 565
a) Antecedentes del Caso 565
b) Análisis del Caso 566
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 568

E) Caso Inveravante: STS 25-06-2014 (RJ 3845/2014) 573
a) Antecedentes del Caso 573
b) Análisis del Caso 574
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 576

F) Caso Montoro: STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994) 579
a) Antecedentes del Caso 579
b) Análisis del Caso 580
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 581

G) Caso Industrias BEC: STS 05-04-1999 (RJ 2310/1999) 582
a) Antecedentes del Caso 582
b) Análisis del Caso 583
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 584
6.2. Jurisprudencia de Alemania 588
A) Caso del corredor inmobiliario (Sentencia IIIZR 224/06). 588
a) Antecedentes del Caso 588
b) Análisis del Caso 593
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 595
B) Caso del comprador de inmuebles engañado (Sentencia III ZR 295/04) 599
a) Antecedentes del Caso 599
b) Análisis del Caso 604
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 606
C) Caso de la Obligación del Banco de Informar al Futuro Prestamista (Sentencia XI ZR 205/05) 611
a) Antecedentes del Caso 611
b) Análisis del Caso 614
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 616
D) Caso del Abogado Sobre Un Conflicto de Intereses. Sentencia IX ZR 5/06 620
a) Antecedentes del Caso 620
b) Análisis del Caso 624
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 626
E) El caso de una licitación interrumpida. Sentencia X ZR 19/02 630
a) Antecedentes del Caso 630
b) Análisis del Caso 631
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 633
F) Caso de la reclamación de honorarios legales por parte de un licitante. (Sentencia X ZR 143/10) 641
a) Antecedentes del Caso 641
b) Análisis del Caso 649
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 650
G. Caso del automóvil con kilometraje adulterado. Sentencia VIII ZR 38/09 655

a) Antecedentes del Caso 655
b) Análisis del Caso 658
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 660
6.3. Francia 665
A) Caso de las Acciones de Perfumería: Casación No. 76-13.587 665
a) Antecedentes del Caso 665
b) Análisis del Caso 667
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 669
B) Caso Crama: Casación N.º RG 21/00554 673
a) Antecedentes del Caso 673
b) Análisis del Caso 681
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 682
C) Caso Depagne: Casación No. 78-15.230, 1978 688
a) Antecedentes del Caso 688
b) Análisis del Caso 691
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 691
D) Caso Air Littoral: Sentencia Nº RG 02/03547, 2002 697
a) Antecedentes del caso 697
b) Análisis del Caso 700
c) El Caso en el Sistema del Common Law 700
6.4. Italia 705
A) Caso Fondedile. 705
a) Antecedentes del Caso 705
b) Análisis del Caso 713
c) El Caso en el Sistema del *Common Law* 714
6.5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea 718
A. *Tacconi Spa v. HWS* 718
a) Antecedentes del Caso 718
b) Análisis del Caso 721
c) El Caso en el Sistema del Common Law 721
7. Conclusiones 725

Capítulo IV
LA CONSIDERACION COMO PRELUDIO DEL *PROMISSORY ESTOPPEL* ("PE")

1. Antecedente histórico de la consideración: las acciones civiles 734
   - 1.1. La acción del pacto "Covenant" 739
   - 1.2. La acción sobre la deuda (Writ of Debt) 742
   - 1.3. La acción de Assumpsit 744
2. La consideración como teoría del intercambio o contraprestación 754
   - 2.1. Aproximación preliminar de la consideración 757
   - 2.2. La teoría de la inducción convencional recíproca de la consideración de frente a los modelos contractuales de la reciprocidad (Holmes y Williston) 759
   - 2.3. La teoría de la consideración de Holmes en la práctica judicial 766
   - 2.4. Los errores de cálculo de Williston 770
   - 2.5. La teoría de la consideración de Williston en la práctica judicial 773
   - 2.6. La consideración frente al beneficio del promitente o el detrimento del aceptante 782
   - 2.7. Enfoque convencionalista de la consideración 786
   - 2.8. Teorías redistribucionistas de la consideración 794
3. Críticas a la teoría de la consideración 798
   - 3.1. Críticas a la teoría de la reciprocidad entre la consideración y la promesa 798
   - 3.2. Críticas a los orígenes de la consideración: un error de interpretación de una norma de orden público 804
   - 3.3. Crítica a la consideración frente a los modelos contractuales 815
4. Limitaciones de la teoría de la consideración 821
   - 4.1. La consideración frente al caso de un beneficio pasado 821
   - 4.2. La obligación moral no es reconocida como consideración 828
   - 4.3. La regla de la obligación preexistente frente a las modificaciones de los contratos 832
   - 4.4. Promesas gratuitas (donaciones) sin consideración 834

5. Soluciones a las falencias de la consideración 839
5.1. El enriquecimiento injusto frente a la consideración: tesis restitutorias 839
5.2. Reforma judicial de la regla de la obligación preexistente 844
5.3. Modificaciones de los contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración 854
5.4. ¿Podría la consideración convivir con el *detrimental reliance*?: Sección 75 vs. Sección 90 del Segundo Restatement 863
5.5. El *detrimental reliance* como respuesta a las falencias de la consideración 868
5.6. Hacia una nueva teoría contractual de cara a la responsabilidad precontractual 875
6. Conclusiones 877

Capítulo V
EL *PROMISSORY ESTOPPEL* ("PE") COMO RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL *SUI GENERIS*

1. *Promissory estoppel*: breve introducción histórica 882
1.1. Primera etapa: período clásico 884
1.2. Segunda etapa: período moderno 886
2. Hacia una definición del *promissory estoppel* (pe) 890
2.1. El *promissory estoppel*, el *detrimental reliance* y el *justificable reliance* 890
2.2. La consideración y el *promissory estoppel* frente al primer y segundo Restatement de los contratos 894
2.2.1. Primer (Restatement) de los contratos 899
2.2.2. Segundo Restatement de los contratos: concepto de PE 914
A) Forma v. Sustancia: la sección 71 frente a la sección 90 del segundo Restatement de los contratos 923
2.3. Elementos del *promissory estoppel* 929
2.4. Clases de *promissory estoppel* 930
2.4.1. En el marco familiar 930
2.4.2. Sobre promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles 932

2.4.3. Agencias y depósitos gratuitos 932
2.4.4. Subscripciones caritativas y convenios matrimoniales 934
2.5. Vertientes evolutivas del *promissory estoppel* 935
2.5.1. *Promissory estoppel* como sustituto de la consideración 936
2.5.2. Confianza en las ofertas (*reliance*) 938
2.5.3. *Promissory estoppel* bajo un acuerdo indefinido 940
2.5.4. Promesas hechas durante negociaciones preliminares 942
2.5.5. Acuerdos que renuncian a las consecuencias legales 949
2.6. Flexibilidad del remedio legal 951

3. El *promissory estoppel* del *common law* americano y el *estoppel propietario* del *common law* inglés 954
3.1. El *equitable estoppel* inglés 954
3.2. El *estoppel* propietario inglés 956

4. Carácter vinculante y fundamento jurídico del PE 972
4.1. Base filosófica del PE y su fuerza vinculante 975
4.2. Influencia del *Promissory estoppel* en Australia 984
a) El Caso *Waltons* como partida de nacimiento 984
b) Elementos del *Promissory estoppel* en el *common law* australiano 988
c) Limitaciones de la doctrina del PE 991

5. Distinción entre la PE y otras figuras 992
5.1. La consideración y la causa 992
5.2. *Parol Evidence Rule* "PER" (regla sobre evidencia verbal) 1020
5.3. Estatuto de fraudes (*Statute of Frauds*) 1021
a) Historia 1021
b) Crítica al estatuto de fraudes 1029
c) El Estatuto de fraudes y el *promissory estoppel* 1031
5.4. Circunstancias imprevistas subsecuentes 1050

6. Diferentes posturas doctrinales con respecto al *promissory estoppel* y su eficacia 1054
6.1. El *Promissory estoppel* y la teoría de Cardozo 1054
6.2. El caso del "parol evidence rule" v. *promissory estoppel* 1064
6.3. Crítica a la promesa vinculante (*promissory estoppel*) 1067

7. La doctrina de los actos propios (DAP) frente al *estoppel* equitativo inglés y el *promissory estoppel* (PE) norteamericano 1068
7.1. La DAP y el *estoppel* equitativo inglés 1068
7.2. Caso de la representación aparente y la DAP como escudo procesal 1075
7.3. Estoppel by acquiescense 1079
7.4. La DAP y el PE 1083
7.5. Limitaciones de la doctrina de los actos propios 1085
8. Aplicación del PE a casos comerciales 1088
9. Conclusiones 1096

Capítulo III

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL COMMON LAW: LA *MISREPRESENTATION* DEL *COMMON LAW*

1. Introducción. 2. Responsabilidad precontractual en el *common law* americano. 2.1. El UCC (Uniform Commercial Code) y la buena fe. 2.2. El Principio "caveat emptor". 2.3. Sobre la buena fe en la ejecución y cumplimiento de los contratos de bienes y servicios. 2.4. La relación fiduciaria y la obligación de actuar de buena fe en la etapa negocial. 2.5. Ausencia de la Obligación de Divulgar en Inglaterra. 3. La *Misrepresentation* del common law. 3.1. Hacia un concepto. 3.2. Misrepresentación en la inducción y misrepresentación en la ejecución: sus elementos. a). Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos. b). La aseveración debe ser fraudulenta o material. c). La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad. d). La confianza del receptor debe ser justificada.3.3. Casos del Segundo Restatement de Contratos § 161(b). 3.4. Casos del Segundo Restatement de Torts § 551(1). 3.5.- Diferencia entre el *Misrepresentation* Bajo el Segundo Restatement de Contratos y Bajo el Segundo Restatement de Torts: Sus Efectos. 4. *Misrepresentation* (tergiversación o falsedad) Fraudulenta y *Misrepresentation* Negligente. 5. Sobre la CIC y la *misrepresentation*. 6. Análisis comparativo de la jurisprudencia del civil law bajo las teorías de la CIC y *misrepresentation*. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos mencionado en capítulos anteriores, la responsabilidad precontractual (PE) es sólo una parte del sistema general.[645] Las otras dos ramas son la restitución, que implica un enriquecimiento injusto durante la fase de negociación, y la representación falsa[646] o *misrepresentation*, que se refiere a la información incorrecta o engañosa[647] proporcionada durante las negociaciones sobre las intenciones de las partes. La *misrepresentation*

645 El desconocimiento en el derecho continental o del *civil law* sobre el PE del derecho americano basado en el *common law*, es grande. Kottenhagen (2006) lo expresa así: Con respecto al *estoppel* promisorio, la ley estadounidense difiere de la ley inglesa. En el derecho inglés, esta doctrina rara vez se utiliza en el contexto de la responsabilidad precontractual. Además, cuando hay un acuerdo vinculante para acordar, una obligación general de trato justo se adjunta al trato. Se puede llegar al mismo resultado mediante una carta de intención, donde se impone a las partes el deber de negociar de buena fe cuando el lenguaje de la carta deja claro este deber o cuando puede ser implícito por el tribunal si el acuerdo es silencioso.
En ausencia de cualquiera de las condiciones antes mencionadas, la premisa central de la visión aleatoria del contrato adoptada por los tribunales estadounidenses es que una parte de las negociaciones precontractuales puede interrumpir las negociaciones en cualquier momento y por cualquier motivo, sin motivo, y no afrontar ninguna responsabilidad. (pp. 72-73).
No nos aventuramos a compartir tal afirmación después de la atenta lectura de los casos examinados en los capítulos IV y V de esta obra. Todo lo contrario, consideramos que el PE sí es una herramienta que, frente a las falencias de la teoría de la consideración, responde a casos concretos que motivaron la redacción de la sección 90 desde el Primer Restatement de los Contratos a principios del Siglo XX. También analizaremos cómo la PE nace del *estoppel* inglés, pero que el *estoppel* quedó reducido a una figura defensiva ("escudo") mientras que el PE se amplió y evolucionó a ser una causa de acción ("espada) que se reexportó a otras naciones del sistema del *common law*, como Australia, por ejemplo, tal como lo explica Ngugi (2007, p. 466).

646 Gurpinar (2006), en turco, analiza el tema de la responsabilidad por "hatalı bilgi aktarımının" (traducido como "información errónea" o "transmisión de información errónea") que ocurre durante las negociaciones (p. 139). Asimismo, Loser (2006) cree que existe responsabilidad por romper negociaciones de mala fe o proporcionar información falsa (p. 55).

647 Cartwright y Hesselink (2009) ponen de manifiesto el *tort* de engaño en el derecho inglés, que requiere que el demandado hiciera fraudulentamente una representación falsa al demandante (p. 72).

se asemeja al fraude,[648] aunque no son idénticos, ya que ambas implican proporcionar información engañosa para obtener una ventaja a expensas de la confianza ajena, involucrando el elemento del dolo o mala intención.[649]

En este capítulo, exploraremos la figura de la *misrepresentation* y destacaremos la gran similitud entre la *misrepresentation* del *common law* y la *Culpa in contrahendo* (CIC) del *civil law*. Es importante señalar que esta comparación se centra en las dos facetas de la CIC (deber de informar y deber de negociar de buena fe[650]), ya que la primera faceta (deber de cuidado o protección) no requiere un estudio detallado, ya que su relación con el sistema extracontractual es evidente.

A partir de estas dos facetas de la CIC en comparación con la *misrepresentation*, observaremos cómo el *common law* también incorpora un principio de "buena fe y trato justo" en el tejido de las negociaciones, no como un elemento esencial (como en la CIC), sino como un principio destinado a prevenir la falsedad[651] o la *misrepresentation*, ya sea por proporcionar información

---

648 Por su parte, la figura del fraude ha sido trabajado, como la mayoría de las figuras del *common law*, bajo la casuística jurisprudencial que van definiendo la institución. En el caso del fraude, para su existencia se configuran cinco elementos que caracterizan su naturaleza: 1). Una mentira u omisión de hecho, 2) con conocimiento de su falsedad, 3) hecha con intención de engañar, 4). con confianza de la parte contraria, 5) que resulta un daño a la parte promisoria. (*Schlaifer Nance & Co. v. Estate of Warhol*, 119 F.3d 91, 98 (2d Cir.1997); *Centro Empresarial Cempresa S.A. v. América Móvil, S.A.B. de C.V.*, 17 N.Y.3d 269, 276 (2011).)

649 Oughton (2000) discute la importancia de evitar la victimización y prevenir que una de las partes se aproveche injustamente de la otra (pp. 374-375).

650 En este sentido, Gómez Calle (1994), menciona que ha habido una proliferación de deberes de informar, que tienen como objetivo corregir las asimetrías informativas entre las partes (pp. 12-13).

651 Benati (2021) evalúa el concepto de "sandbagging", que se refiere a una situación donde una parte hace valer intencionalmente una garantía que sabía que era falsa desde el principio. Esto podría considerarse una representación intencionalmente errónea (p. 177).

falsa u ocultar[652] información.[653] Además, se examinará cómo el incumplimiento intencional o negligente por parte del promitente puede dar lugar a la rescisión[654] contractual o a reclamos de daños bajo el sistema de responsabilidad extracontractual. Estos aspectos se detallarán en los siguientes apartados.[655]

652 Reder (1989) considera que la "consecuencia jurídica de una declaración de conocimiento o de un ocultamiento de hechos que deben ser explicados" genera responsabilidad (p. 158).

653 Bajo estos principios, es importante recordar que, durante la crisis inmobiliaria de 2008 en Estados Unidos, ciertos inversionistas adquirieron valores financieros de los bancos. Estos valores se crearon mediante la agrupación de hipotecas de propietarios de viviendas y se vendieron como paquetes de valores respaldados por hipotecas en un sistema gradual y escalonado de "títulos hipotecarios" (*mortgage securities*). Los bancos proporcionaron a los inversores información incorrecta acerca de la capacidad de pago de los propietarios de viviendas, es decir, los deudores. Esta información inexacta fue respaldada por informes falsos de agencias que afirmaron de manera errónea que ciertas hipotecas estaban al día y que los deudores cumplían regularmente con sus pagos de préstamos. En realidad, esta información era incorrecta y esto resultó en una pérdida significativa de confianza por parte de los inversores, quienes sufrieron la pérdida de millones de dólares al adquirir estos valores respaldados por hipotecas emitidos por los bancos. (Acuerdo entre el Departamento de Justicia de los EE.UU. con el Banco Deutsche Bank, del 17 de enero de 2017, donde el banco pagará 7.2 billones de dólares a los inversionistas estafados por el banco en la venta de acciones de hipotecas. [En línea]. Disponible en https://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-agrees-pay-72-billion-misleading-investors-its-sale-residential-mortgage-backed. [Consulta: 23 de febrero de 2023].)

654 Contrariamente, Canaris (1982) afirma que el comprador puede tener reclamaciones basadas en *culpa in contrahendo*, pero que estas reclamaciones no llegan tan lejos como sugiere la jurisprudencia actual. En concreto, el comprador no puede exigir la rescisión del contrato, sino que sólo puede solicitar una compensación monetaria (p. 434).

655 La "misrepresentación negligente" es una de las formas, según Caruso (1993) en que el *common law* puede llenar los vacíos dejados por la falta de una doctrina de responsabilidad precontractual (p. 20).

2. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *COMMON LAW* AMERICANO

2.1. El UCC (Uniform Commercial Code) y la buena fe

Como se ha mencionado previamente, en el *common law* americano existe un cuerpo de leyes que es más una guía que un código, pero que sirve para iluminar a los jueces en la interpretación de los contratos de intercambio bienes (no para el intercambio de servicios). Estamos hablando del UCC, siglas que equivalen al *Uniform Commercial Code*, o el Código de Comercio Uniforme (en adelante "UCC"), que rige los vaivenes de los contratos de venta de bienes (no de servicios).

En realidad, el UCC es el cuerpo legal más grande que existe en el mundo comercial del *common law* americano. Abarca nueve secciones que se le llama artículos, pero en realidad son secciones completas o libros. Por ejemplo, hay libros dedicados a la venta de bienes, que es el articulo o sección 2 (que es el capítulo que nos interesa) porque las otras secciones están dedicadas a los alquileres, depósitos bancarios,[656] instrumentos negociables, o transacciones aseguradas.[657]

Como lo veremos a continuación, la obligación de actuar de buena fe se reduce a la ejecución de los contratos ya formados,[658]

656 Por su parte, Barrientos Zamora (2012) sugiere el tema del banco que comunicó al cliente que el préstamo hipotecario había sido aprobado, sólo para luego negar el préstamo debido a la carga financiera del cliente. Esto podría implicar que hubo alguna representación errónea por parte del banco (p. 840).

657 Código Uniforme de Comercio (UCC), Sección 2. 1952. (EE.UU.). En adelante "UCC".

658 Miller (2013) analiza extensamente el principio de buena fe en el *common law*. Según este autor, la buena fe es un "excluyente" (excluder) que sirve para excluir diversas formas de mala fe (tal cual lo hace el Digesto, como se puede apreciar de las citas del Digesto en el Anexo II). El autor enumera varios ejemplos de mala fe en el desempeño, la gestión de disputas y las acciones correctivas (pp. 678-679).

y no se transporta a la etapa precontractual,[659] es decir, a la fase de negociación precontractual.[660] La lógica, se piensa, detrás de esta filosofía es la de promover el libre intercambio de bienes, y evitar que la imposición del deber de negociar de buena fe pueda desalentar a las partes a entrar en libres negociaciones. (Goderre, 1997, p. 269).

Otra de las razones que se da para evitar la incorporación del principio de la buena fe en la etapa de negociación precontractual es que entre el principio de la buena fe (que tiende a velar por los intereses y derechos de la parte contraria) se prioriza la búsqueda del interés propio (*self interest*) como motor del actuar privado.

Veamos brevemente la referencia del UCC a la buena fe dentro del artículo o sección primera, que se refiere a los Principios Generales,[661] cuyo numeral 1-201(20) dispone que la "Buena fe, salvo que se disponga lo contrario en el Artículo 5, significa honestidad de hecho[662] y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo."

---

659 En este sentido, Oughton (2000) explica que el principio de "buena fe" tiene sus raíces en los sistemas de derecho civil y que no forma parte del *common law*. Sin embargo, señala que el principio de "buena fe" se utiliza en las Regulaciones para evaluar la equidad de un término contractual (pp. 448-449).

660 Cartwright (2009) señala que, en Escocia, aún no está "incontrovertiblemente" establecido que exista un deber general de negociar de buena fe; asimismo en el derecho inglés, no existe un deber de buena fe en las negociaciones precontractuales, y discute la reticencia del derecho inglés a imponer responsabilidad en la fase precontractual en ausencia de una promesa o representación errónea. En el derecho escocés, generalmente se acepta que las partes que negocian un contrato están en igualdad de condiciones y no tienen la obligación de negociar de buena fe. Sin embargo, la mala fe puede equivaler a una representación errónea o a la explotación de una relación especial de confianza (pp. 101, 115-119, 177-180). En la misma línea de pensamiento, Mosset Iturraspe (2006) considera que, en el derecho inglés, no existe un deber de compartir información durante la etapa precontractual, lo que implica que el principio de buena fe no se aplica tan estrictamente como en otros sistemas legales (p. 61).

661 UCC. §1-201(20).

662 Miller (2013) explica que el Código Comercial Uniforme (UCC, por sus siglas en inglés) define la buena fe como "honestidad de hecho y la observancia de estándares

Esto lo dice el UCC con respecto a los estándares generales del UCC, ahora veamos el tratamiento del UCC con respecto a los contratos de venta de bienes, que es el artículo 2. En efecto, el numeral §1-304 del UCC referido a las obligaciones de buena fe[663] estipula que "todo contrato o deber dentro del Código Comercial Uniforme impone una obligación de buena fe en su ejecución y cumplimiento."

Por su parte, en la sección de definiciones del UCC, el numeral § 2-103, consagrado a Definiciones e índice de definiciones,[664] dispone que la "(b) "Buena fe" en el caso de un comerciante significa honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo en el comercio."[665]

Como vemos, el UCC impone actuar de buena fe dentro del cumplimiento y ejecución del contrato de venta de bienes, y en realidad todo tipo de contratos que no sean de servicios, entendiendo buena fe como la honestidad de hecho y el trato justo. Huelga reiterar que el UCC no se refiere a las negociaciones preliminares de venta de bienes ni a la de servicios (ya sea en ejecución de contratos de servicios o en la formación de contratos de servicios).[666]

Ahora veamos cuál es el desarrollo de la jurisprudencia con respecto al principio de la buena fe y su tratamiento conceptual. A este respecto, encontramos un caso donde el *common law* ha

---

comerciales razonables de trato justo" ("Honesty in fact"), y señala asimismo que esta definición ha evolucionado con el tiempo (pp. 719-723).

663 UCC. **§ 1-304**.

664 UCC. **§** 2-103.

665 Miller (2013) estudia el tema de la buena fe en el *common law*, en especial el enfoque de "recapturar oportunidades perdidas", que sostiene que la mala fe ocurre cuando la discreción contractual se usa para recuperar oportunidades que se dejaron de lado en el momento de la formación del contrato (pp. 704-706).

666 Sin embargo, posteriormente veremos otros cuerpos legales (como los Restatement de Contractos y de Torts referidos al *misrepresentation*) que incluyen la buena fe como parte importante de la negociación preliminar para evitar engaños o falsedades.

adoptado *de facto*, una obligación de evitar la mala fe,[667] lo que equivaldría a una posible obligación de actuar de buena fe, así como lo define el concepto de responsabilidad precontractual del derecho continental. (Nedzel, 1997, p. 98).

El Principio "*Caveat Emptor*"

Vamos a referirnos ahora sobre el principio del *caveat emptor*, que es un principio que viene heredado del derecho inglés[668] que significa "dejar al comprador que se dé cuenta"[669] de los errores o defectos del producto,[670] o sea, significa que el comprador no es responsable al no develar información sobre el producto.[671] En efecto, el caso seminal en Inglaterra lo encontramos en el año 1617 en el caso *Chandelor v. Lopus*,[672] donde el comprador compra una piedra bezoar que al final resulta ser falsa. El comprador demanda al vendedor, pero la Corte desestima la demanda porque el Juez estima que el vendedor no dio garantías y solamente afirmó que el objeto de la venta era

667 Gurpinar (2006) cree que la CIC es "corregir cualquier error" y "evitar que la otra parte caiga en error" (p. 150). Por su parte Widmer (2003) también ha considerado el tema de la responsabilidad por CIC cuando una negociación caiga por falta de voluntad o mala fe (p. 216).

668 En este sentido, Oughton (2000) analiza el principio de buena fe en el contexto del derecho contractual. Menciona específicamente que el principio de *caveat emptor* (comprador, tenga cuidado) se aplica fuera de los contratos de venta, y que existen ciertos contratos en los que se deben revelar hechos materiales. También aborda el deber de divulgación en el contexto de los contratos de seguro y la importancia de no realizar declaraciones falsas para inducir a alguien a un contrato (pp. 169-172).

669 Un aspecto destacado que Gómez Calle (1994) resalta en el contexto de la segunda vertiente de la CIC relacionada con la obligación de proporcionar información es la importancia de que el comprador sea proactivo en la búsqueda de información (pp. 64-66).

670 Domat (1850) aborda la importancia de la honestidad y la transparencia en las ventas. Por ejemplo, el vendedor está obligado a revelar cualquier defecto en el objeto que se está vendiendo, y si no lo hace, la venta puede ser anulada o el precio disminuido (pp. 230-237).

671 Coderch y García-Micó (2020) manifiestan que la torpeza no es sinónimo de mala fe (p. 37).

672 *Chandelor v Lopus* (1603) 79 ER.

una piedra bezoar.[673] El Tribunal sostenía que el comprador no tenía derecho a que le devolvieran su dinero, afirmando: "La simple afirmación de que era una piedra de bezoar, sin garantizar que lo fuera, no es motivo de acción legal."[674]

De modo que, durante el siglo XVII, en un ambiente propicio al desarrollo de la libertad empresarial y de comercio, el principio del *caveat emptor* se desarrolló. Atiyah (1979) explica el discurso del comerciante Sir Josiah Child con respecto a este principio: "ningún hombre puede ser engañado a menos que lo consienta, lo que comúnmente llamamos '*caveat emptor*'" (Atiyah, 1979, p. 179).

Como podemos ver, el principio básicamente se refiere a que en los contratos de venta de bienes la parte vendedora o proveedora de un bien o mercancía no tiene la obligación de exponer todos los errores[675] del bien a vender, y que es el vendedor el que, bajo el deber de diligencia, tiene que indagar si realmente el bien es bueno o no. *Caveat emptor* significa "let the buyer beware" o sea "que el vendedor se dé cuenta". Es decir, el vendedor no tiene ninguna obligación de actuar de "buena fe" y de exponer todos los errores o faltas que pueda tener un bien: la obligación de diligencia radica en el comprador quien tiene la responsabilidad de asegurarse de que el bien por comprar es bueno. Esto, obviamente, no tiene nada que ver con la garantía que una compañía pueda brindar al comprador que adquiere un bien, o la garantía del fabricante de la mercancía.[676]

---

673 Con posterioridad este caso ha sido redescubierto en el siglo XX a raíz del derecho de garantías (Atiyah, (1979). p. 178).

674 *Chandelor v Lopus* (1603) 79 ER.

675 Domat (1850) discute la diferencia entre los daños causados por fraude o astucia y aquellos causados por un error honesto. También analiza casos en los que se deben pagar daños incluso si no hay culpa por parte de la persona que los causó (p. 746).

676 Schaumburg (1974) analiza el tema de la CIC en paralelo al "kaufvertragliches Sachmängelgewährleistungsrecht", o la garantía por defectos en el contrato de compra, donde la responsabilidad se deriva del deber de proporcionar información

De modo que el principio del *caveat emptor* reza que las partes libremente entran en un proceso de negociación, en la libertad de contratación. Desde su creación en el derecho inglés del siglo XVII a partir de las doctrinas del liberalismo inglés que promovían las ideas del individualismo,[677] hasta la actualidad, se ha atemperado para erradicar los excesos que provocó dicha doctrina, sobre todo en casos donde la posición del vendedor es superior a la del comprador, o casos en los cuales podría mediar dolo o fraude.[678]

Para ejemplificar el grado de moderación del caveat emptor en el sistema del *common law* inglés, podemos traer a colación una ley en defensa de los consumidores llamada el Unfair Contract Terms Act de 1977,[679] que al decir de Oughton (2000), impone controles sobre los términos de los contratos y avisos para proteger a los consumidores. Esto sugiere que la doctrina del caveat emptor (comprador, tenga cuidado) ha evolucionado hasta cierto punto (p. 429).

Ahora bien, el principio del *caveat emptor* se atisba en los EE.UU. a comienzos del siglo XIX. La pregunta sugerente a este respecto es si existe una obligación de divulgar o informar -por ambas partes-

---

veraz sobre el producto que se vende, concretamente en relación con sus defectos o cualidades, o "Haftung des Verkäufers wegen fehlerhafter Beratung" (responsabilidad del vendedor por un asesoramiento incorrecto), lo que implica que la responsabilidad se deriva del deber de proporcionar un asesoramiento preciso (pp. 14, 25-38).

677 Para Oughton (2000), el enfoque del *common law* se basa en la ideología individualista del mercado y se preocupa menos por los principios de buena fe. El alivio por error común se considera excepcional. Por otro lado, el enfoque equitativo se preocupa más por la equidad y la justicia, y es más probable que tome en cuenta las expectativas razonables de los empresarios honestos (p. 274).

678 Oughton (2000) señala, en este aspecto, que los tribunales son más propensos a reconocer la mala fe en lugar de imponer un deber positivo de actuar de buena fe. Sin embargo, menciona algunas áreas en las que la buena fe es un factor, como en los acuerdos para autoexcluirse de negociaciones o en relación con invitaciones a licitar (p. 179).

679 Unfair Contract Terms Act. [UCTA]. 1977 (United Kingdom). Rescatado de Unfair Contract Terms Act 1977 (legislation.gov.uk), consulta 26 de agosto de 2023.

en una negociación preliminar. Estudiando el caso *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817), vemos cómo se inicia el principio del *caveat emptor* en el tramado negocial y prenegocial. En este caso, el comprador de tabaco tenía información de primera mano de que el bloqueo británico a las tropas americanas durante la guerra de 1812 entre los Estados Unidos y Gran Bretaña estaba por terminar porque se enteró de la firma del Tratado de Ghent del 18 de febrero de 1815, a consecuencia de la batalla de Nueva Orleans del 9 de enero de 1815, y premunido de esta información (que no se la comunico al vendedor) procede a comprar el tabaco a un precio bajo, para después beneficiarse con el aumento del precio a consecuencia del levantamiento del bloqueo británico. Al enterrase de estos hechos, el vendedor demanda al comprador por no haberle manifestado los hechos que el comprador sabio, pero perdió la demanda.

Pues bien, veamos los hechos. El comprador Organ compró 111 barriles de tabaco (111.000 libras) del vendedor Laidlaw & Co. el 18 de febrero de 1815 en Nueva Orleans. La compra se realizó entre las 8 y las 9 de la mañana del mismo día en que se conoció la noticia de que se había aceptado un tratado de paz entre Estados Unidos y Gran Bretaña que puso fin a la Guerra de 1812 y levantó un embargo naval que había deprimido drásticamente el precio del tabaco estadounidense de 30 a 50 por ciento. Organ estaba al tanto del levantamiento del embargo porque su hermano le había informado esa misma mañana. Laidlaw no estaba al tanto de la noticia. Durante la discusión del contrato, se le preguntó a Organ si estaba al tanto de las razones por las que el precio era más alto; Organ guardó silencio ante la noticia del levantamiento del embargo.[680] El posterior aumento de los precios del tabaco después de la firma del contrato

680 Haciendo un paréntesis, Cartwright y Hesselink (2009) mencionan que, en algunos casos, como en Francia, se podría argumentar que el silencio del vendedor después de haber sido informado de las características que el comprador estaba buscando podría considerarse ocultación fraudulenta (p. 415).

provocó una gran pérdida relativa en la venta en comparación con el valor del tabaco al día siguiente. Dos días después, el día 20, Laidlaw & Co. recuperó el tabaco a la fuerza de Organ, quien presentó una demanda por incumplimiento de contrato para recuperar el tabaco o para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

Es decir, el precio del tabaco aumentó en un 20% después de que el bloqueo británico se levantara, entonces después de producirse el contrato y después de entregar el tabaco al comprador, las noticias del tratado que ponía fin al bloque británico se hacen públicas. Al enterarse el vendedor de que el comprador sabía de la existencia de ese tratado, y al recordar que el comprador no respondió nada cuando al comprador le inquiere si el comprador tenía algunas noticias sobre el levantamiento del bloqueo, justo antes de la celebración del contrato, entonces el vendedor exige que se le devuelva el tabaco vendido bajo la teoría de que el comprador había actuado de mala fe,[681] porque poseía información material que podría haber cambiado el giro de las negociaciones y que podría haber generado sospecha en el vendedor, puesto que el precio hubiera cambiado.

En primera instancia, el juez le da la razón al vendedor, ordenando al comprador a devolver el tabaco por violación al principio de buena fe en la etapa precontractual. Sin embargo, el juez Marshall, en instancia apelatoria, decide revertir la decisión del juez de primera instancia, expresando en una decisión breve pero llena de elocuencia: "La opinión unánime del presidente del Tribunal Supremo Marshall puede interpretarse en el sentido de que la retención de información calculada para engañar a la otra parte puede provocar la nulidad de un contrato por motivos de equidad.[682] Sin embargo, sobre

681 Por su parte, Ferro (1999) menciona la posibilidad de "malafede" (mala fe) en el contexto de retirarse de las negociaciones (p. 93).

682 Por lo que corresponde a los principios de equidad y justicia, Oughton (2000) menciona que los principios de equidad tienen un fuerte contenido ético y que los valores morales pueden influir en su aplicación (p. 553).

la cuestión de si Organ tenía la obligación de revelar la información que había obtenido sobre el fin de la guerra, el dictamen declara: "El tribunal opina que no estaba obligado a comunicarlo".

La opinión del Juez Marshall del Tribunal Supremo es corta (120 palabras en un solo párrafo) pero elocuente. El Juez Marshall anula la sentencia de primera instancia y reenvía el caso al juez de primera instancia con la observación de que el jurado sea el que tenga que decidir, bajo los siguientes parámetros:

> La cuestión en este caso es si la información de las circunstancias extrínsecas, que podrían influir en el precio de la mercancía, y que estaba exclusivamente dentro del conocimiento del comprador, debería haber sido comunicada por él al vendedor. El tribunal opina que no estaba obligado a comunicarlo. Sería difícil circunscribir la doctrina contraria dentro de los límites adecuados, donde los medios de información son igualmente accesibles para ambas partes. Pero al mismo tiempo, cada parte debe tener cuidado de no decir ni hacer nada que tienda a imponerse a la otra. (*Laidlaw v Organ*).[683]

Como vemos, con este caso se consolida el principio del *caveat emptor* y se institucionaliza el principio en el tramado negocial. No hay obligación de negociar de buena fe[684] o de divulgar información a menos que la ley lo exija.[685]

683 *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817).

684 Benati (2021) ha puesto de manifiesto que no existe un deber de buena fe en las negociaciones. Sin embargo, se establecen casos individuales de responsabilidad precontractual (p. 170).

685 Por su parte, Ferro (1999) sostiene que el comprador promisorio no es necesariamente la "parte débil" en las negociaciones (p. 61).

Ahora bien, el caso *Organ*, pese a ser un caso seminal muy antiguo, tampoco pudiera haberse resuelto por operatividad del PE puesto que las negociaciones llegaron a buen puerto y se ejecutó un contrato válido. O sea, por parte del *common law*, el PE no opera porque no existe una promesa incumplida[686] sino un contrato ejecutado. Por otra parte, nos preguntamos cómo pudiera haber resuelto el *civil law* este caso bajo los parámetros del RINP, y tampoco tendría operatividad por la misma razón, porque el contrato se produjo, es decir, no existe una ruptura injustificada de negociaciones preliminares.

Ahora bien, la pregunta recurrente que salta es si la CIC podría invalidar un contrato bajo la premisa que el comprador, que es una parte del contrato, y su consecuente obligación de negociar de buena fe y de informar a la otra parte (o sea al vendedor). Bajo la premisa del CIC, donde existe la obligación de informar, el caso pudiera haberse resuelto de otra manera, es decir, el contrato se hubiera rescindido porque el comprador conocía de información vital y material[687] que no la comunica al vendedor, y por esta razón su actuar es desleal. De nuevo nos viene a la memoria el caso de *Leonhard*, en el caso de la patente (visto en el capítulo I), donde el contrato queda invalidado porque el vendedor no comunicó al comprador que la titularidad de la patente estaba en entredicho, y que al final la tercera compañía obtuvo una interdicción de la venta de la patente.

Como vemos, son diferentes estilos, diferentes filosofías y diferentes perspectivas. ¿La pregunta es cuál de las dos filosofías es más justa o más eficiente? Obviamente que la decisión del *common*

686 En el tema de las promesas incumplidad Mosset Iturraspe (2006) menciona "falsas promesas" y "procesos engañosos", lo que podría implicar que existe una representación intencional o fraudulenta (p. 215).

687 Ya Mommsen (1879), contemporáneo de Ihering, analizó el concepto de "*dolus in contrahendo*" (engaño en la contratación) y sus implicaciones para la acción legal del comprador. Sostiene que el comprador debe probar que no habría celebrado el contrato si hubiera conocido la verdad de los hechos (pp. 154-155).

law de reconocer el contrato y reputar que no existe obligación del comprador de divulgar información conocida es una decisión justa para el comprador (bajo los parámetros del *common law*), y obviamente que la decisión del CIC de invalidar el contrato bajo el parámetro de que el comprador tenía la obligación de informar sobre un hecho vital y material sería un acto de justicia para el vendedor. Esta dureza del *caveat emptor* ha sido moderada[688] con el tiempo[689] hasta el extremo de incluir en la *misrepresentation* el deber de informar de buena fe[690] e informar sobre los detalles del producto[691] (esto lo veremos en los acápites posteriores sobre la *misrepresentation*).

En el plano jurisprudencial vemos otro caso emblemático de Nueva York, *Kirke La Shelle Co.* V *Paul Armnstrong Co.*, 263 NY 79 (1933), en el cual había mediado un contrato para reproducir una obra teatral en Nueva York, allá por los años 1914, entre una compañía teatral y el escritor de la obra (que tenía una compañía que lo representaba). El autor fallece, y la sucesión del autor vende los derechos de la misma obra a Metro Golwin Mayer (MGM), una compañía que se encargaría de llevar la obra teatral al cine, después que el autor ya se había comprometido a que su obra sea utilizada

688 Cartwrigth y Hasselink (2009) mencionan varias protecciones para los compradores, como la condición implícita de que una máquina será apta para su propósito y el derecho a exigir al vendedor que reemplace la máquina si no cumple con la obligación del vendedor. Estas protecciones sugieren que la doctrina del *caveat emptor* ha evolucionado (pp. 411-412).

689 Barrientos Zamora (2012) menciona la importancia de la buena fe y la responsabilidad del proveedor de respetar los términos y condiciones de un contrato. Esto sugiere que la doctrina ha evolucionado hasta cierto punto (p. 840).

690 Benati (2021) ha puesto de relieve el tema de la buena fe, principio que se utiliza para corregir las asimetrías de información entre las partes contratantes. También discute el papel del principio en la prevención del 'sandbagging', o la explotación de una falsedad conocida en una garantía (pp. 167-178).

691 Oughton (2000) aborda la Ley de Términos de Contratos Injustos de 1977, que impone controles sobre los términos de los contratos y avisos para proteger a los consumidores. Esto sugiere que la doctrina del caveat emptor (comprador, tenga cuidado) ha evolucionado hasta cierto punto (p. 419).

por la compañía teatral de Nueva York. Como quiera que ese nuevo contrato con MGM iba a impactar negativamente el ingreso de la compañía teatral sobre la producción de esa misma obra, la compañía teatral demandó a la sucesión del autor para que le pagasen la mitad de los derechos que la sucesión iba a gozar por concepto de los pagos de MGM. El juez amparó dicha demanda y la Corte de Apelaciones refrendó tal decisión, bajo el amparo de la teoría de la buena fe implícita en la ejecución de los contratos: "Al celebrar el contrato y aceptar y reteniendo la contraprestación por ello, los demandados asumieron una relación fiduciaria que tuvo su origen en el contrato, y que les impuso el deber de la máxima buena fe". (*Underhill v Schenck*, 238 N.Y. 7 (N.Y. 1924).

Regresando al caso *Kirke*, la Corte estimó:

> Desde la inclusión en el contrato del expreso acuerdo por parte de los demandados de no celebrar cualquier contrato que afecte el título de propiedad de los derechos dramáticos, exclusivos de los derechos cinematográficos, o la producción de la obra en la ciudad de Nueva York, en la carretera o en stock, sin la aprobación del apelante, puede estar implícita la obligación de mantener los beneficios resultantes de dicho incumplimiento en beneficio de las partes del acuerdo de conformidad con sus derechos en virtud del contrato. (*Kirke La Shelle Co.* V *Paul Armnstrong Co.*, 263 NY 79 (1933)[692]

692 Como lo vimos anteriormente, el UCC expresamente incorporó la obligación de actuar de buena fe en la ejecución de los contratos sobre la venta de bienes, pero el UCC no aplica a los contratos sobre servicios, de modo que, en el campo del derecho de los contratos sobre servicios, existe un avance del principio de buena fe cuando exista una carta de intención entre las partes o un acuerdo para negociar (Palmieri, 1993, pp. 89-90).

Finalmente, el caso *Kirke* explica claramente los parámetros de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe al decir que: "En último análisis esos casos sólo aplican los principios de que en todo contrato hay un pacto de que ninguna de las partes hará nada que tendrá el efecto de destruir o lesionar el derecho de la otra parte a recibir los frutos del contrato, lo que significa que en cada contrato existe un pacto implícito de buena fe y trato justo." (*Wilson v. Mecanico Orguinnette Co*., 170 N.Y. 542 (1902); *Brassil v. Maryland Casualty Co*., 210 N.Y.235 (1914).

En comparación con este caso *Kirke*, vimos en el capítulo I el caso traído a colación por Leonhard sobre las patentes, en las cuales una compañía vende una patente a una segunda compañía adquirente que ignoraba que el derecho de titularidad estaba siendo disputado por una tercera compañía que al final obtiene la interdicción de la venta: en ese caso, la mala fe de la compañía vendedora linda con el fraude, de modo que el nuevo contrato resultaría ser resuelto por la figura de la *misrepresentation* o fraude ya que el vendedor sabía que su derecho de titularidad estaba disputado. Entonces queda claro que una cosa es el "*caveat emptor*" (que el vendedor se dé cuenta) y otra cosa es que un vendedor actúe de mala fe ocultando intencionalmente un hecho o engañando al comprador o potencial comprador[693] con cierta información que resulta vital, como el caso de la patente en Leonhard, o el caso de *Kirke* en el *common law*.

Entonces pensamos cómo el CIC podría haber resuelto el caso *Kirke* si la compañía teatral hubiera demandado la nulidad del contrato entre la sucesión y la compaña cinematográfica, es decir, si la compañía teatral hubiera argumentado que un contrato válido se produjo entre la sucesión y la compañía cinematográfica, en

693 Kohls (1990) llama la atención sobre la responsabilidad por omisiones o por no ser veraz o exacto (p. 16).

realidad estaba viciado de nulidad por cuanto la sucesión negoció de mala fe, quebrantando la obligación de negociar de buena fe, con lo cual la CIC entraría a tallar. Sin embargo, pensamos un poco más sobre este caso, y como quiera que el contrato (en *Kirke*) sí se suscribió y se ejecutó (nos referimos al segundo contrato entre la compañía cinematográfica y la sucesión), la RINP no entraría a tallar por cuanto no se produjo una "ruptura injustificada de negociaciones preliminares", todo lo contrario, el contrato se concluyó, pero se concluyó de mala fe, aunque dicha mala fe haya sido desconocida por la compañía cinematográfica. De modo que, si el RINP no entraría a tallar (porque el RINP solamente linda con rupturas en las negociaciones), tampoco el PE entraría a tallar (ya que el PE linda con el detrimento a la parte que confía y actúa en función a una promesa o representación dada por el promitente) por cuanto estamos frente a contratos ejecutados, y no frente a negociaciones por concretarse.

De esta forma, la responsabilidad precontractual del RINP o del PE no son las herramientas adecuadas para solucionar este problema. Tendríamos que recurrir a otras figuras como el fraude, o la *misrepresentation*,[694] o la restitución por desinformación, para amparar la demanda de la compañía teatral, que claramente actuó de mala fe.

2.2. Sobre la Buena Fe en la Ejecución y Cumplimiento de los Contratos de Bienes y Servicios

El numeral § 205 del Segundo Restatement de Contratos se refiere a contratos de bienes y de servicios, a diferencia del UCC que solamente se enfoca en los contratos de bienes. Este Restatement

694 Kohls (1990) analiza el tema de la CIC y la vincula con el "agravio de misrepresentación" como subtema, varios aspectos de la misrepresentación, como el deber de decir la verdad, el deber de no engañar y el uso de hechos correctos (pp. 70 y ss.).

dispone el deber de buena fe[695] y trato justo en la ejecución y cumplimiento de contratos (de bienes y servicios), explicando que "todo contrato impone a cada parte el deber de buena fe y trato justo en su ejecución y cumplimiento."[696]

> §205. DEBER DE BUENA FE Y TRATO JUSTO
>
> Cada contrato impone a cada una de las partes el deber de actuar con buena fe y trato justo tanto en su cumplimiento como en su ejecución.[697]

En los comentarios oficiales con respecto al numeral 205, encontramos el siguiente comentario definicional muy ilustrativo:

> (a) Significados de "buena fe".
>
> La "buena fe" se define en la Sección 1-201 del Código Comercial Uniforme como "honestidad de hecho en la conducta o transacción en cuestión". "En el caso de un comerciante", la Sección 2-103(1)(b) del Código Comercial Uniforme establece que "buena fe" significa "honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo en el comercio". La frase "buena fe" se utiliza en una variedad de contextos y su significado varía un poco según el contexto. El cumplimiento o la ejecución de un contrato de buena fe enfatiza la fidelidad a un propósito común acordado y la consistencia con las

695 Miller (2013) se centra en el análisis económico de la buena fe y el papel de los estándares comunitarios. También aborda la idea de la justicia conmutativa, que gira en torno a la aplicación del acuerdo real de las partes. El autor proporciona cuatro formulaciones principales de justicia conmutativa, siendo la más común la protección de las expectativas razonables de las partes (pp. 709-712).

696 Restatement (Second) of Contracts, (1981) § 205. (EE.UU.)

697 Restatement (Second) of Contracts, (1981) § 205. (EE.UU.)

> expectativas justificadas de la otra parte;[698] excluye una variedad de tipos de conducta caracterizada como "mala fe" porque violan los estándares comunitarios de decencia, equidad o razonabilidad. El remedio apropiado por el incumplimiento del deber de buena fe también varía según las circunstancias. (Comentario "a").[699]

Este numeral trae a colación la definición que hace el UCC de la buena fe, en el siguiente sentido: "Buena fe" excepto cuando se disponga lo contrario en el Artículo 5, significa honestidad en la realidad y el cumplimiento de estándares comerciales razonables de trato justo.[700]

La referencia que hace este comentario al texto del UCC, lo vemos en la Sección 2-103(1)(b) del Código Comercial Uniforme, que dice: "Buena fe" en el caso de un comerciante significa honestidad en la realidad y el cumplimiento de estándares comerciales razonables de trato justo en el comercio.[701]

Por otra parte, el comentario "c" de la sección 205 del Segundo Restatement de Contratos establece:

> c. Buena fe en la negociación.
>
> Esta sección, al igual que el Código Comercial Uniforme §1-203, no trata la buena fe en la formación de un contrato.

698 En este sentido, Kovac (2019) manifiesta que, bajo la ley alemana, una parte que alimenta negligentemente en la otra parte la esperanza de que se celebre un contrato debe compensar cualquier gasto que la parte contraria haya podido considerar necesario en las circunstancias. Esto podría implicar que la representación intencional o fraudulenta podría estar cubierta por esta regla (p. 9).

699 Restatement (Second) of Contracts (1981) §205, comentario "a".

700 UCC § 1-201 (b) (20).

701 UCC § 2-103(1)(b).

> La mala fe en la negociación, aunque no esté dentro del alcance de esta sección, puede estar sujeta a sanciones.[702]

Como vemos, tanto en el UCC con en el Segundo Restatement de Contratos, la buena fe viene a constituir un principio rector en la ejecución y cumplimiento de los contratos, tanto de bienes como de servicios. No existe tal obligación en la etapa precontractual o negocial; sin embargo, como lo veremos en este capítulo, la mala fe en la etapa negocial es castigada cuando conlleva una falsedad o *misrepresentation*. Es decir, la buena fe no es impuesta como deber de actuación negocial, pero la mala fe es adverada como contraria a la buena fe y expelida a través de figuras como la *misrepresentation* que se encarga de sancionar aquellas conductas que producen resultados gravosos tanto a nivel de contratos como a nivel de agravios (torts).

2.3. La Relación Fiduciaria y la Obligación de Actuar de Buena Fe en la Etapa Negocial

Ahora bien, con respecto a situaciones fiduciarias donde por imperio de la ley una parte está obligada a informar a otra (porque tiene un mejor y mayor acceso a la información que la otra parte no lo tiene), tenemos una situación prodigada por la ley de Veracidad en las prestaciones (Truth in Lending Act: TILA)[703] como por ejemplo las obligaciones de un banco de informar a un potencial prestatario los términos de pago y otras condiciones del potencial préstamo como la tasa de interés (si va a ser variable o fija), o el término y otras condiciones del mismo).[704] Asimismo, en los casos de divulgación de documentos e información en casos de préstamos en

---

702 Restatement (Second) of Contracts (1981), §205, comentario C.

703 Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.).

704 Por su parte, Mussy (1999) sostiene que la responsabilidad de los bancos por proporcionar información falsa a clientes o terceros, está vinculado al concepto de *culpa in contrahendo* (p. 166).

general, tenemos casos amparados por la legislación la Ley Federal de Franquicias de Concesionarios de Automóviles, en el cual un concesionario puede demandar un fabricante si falló de actuar de buena fe en el cumplimiento de los términos de la franquicia, o en la terminación, cancelación o no renovación de la franquicia.[705]

Otros casos donde el orden público impone un deber de actuar de buena fe lo podemos encontrar en legislaciones como las siguientes, entre otras:[706] Ley de Ventas Uniformes, Código Comercial Uniforme, la Ley de Valores de 1933, la Verdad en Ley de Préstamos (Truth in Lending Act),[707] la Ley de Igualdad de Oportunidades Crediticias, la Ley de Procedimientos de Bienes Raíces (RESPA), la Ley de Divulgación Completa de Ventas de Tierras Interestatales, la Ley de Veracidad en las Negociaciones de 1988 (referido a la obligación de los contratistas de divulgar información en la contratación con el gobierno), la Ley de Mejoramiento de la Comisión Federal de

705 Cfr. Palmieri, 1993, pp. 99-100.

706 Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Estados Unidos); Consumer Data Protection Act of 2023 (Estados Unidos); Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Illinois); Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Estados Unidos); Consumer Protection Act of 2010 (Estados Unidos); Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Tennessee); Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos); Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Estados Unidos); Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Estados Unidos); Federal Odometer Act of 1972 (Estados Unidos); Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Estados Unidos); Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Estados Unidos); Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Estados Unidos); Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Estados Unidos); Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Estados Unidos); Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Estados Unidos); Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.); Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.); Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Estados Unidos); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Nueva York, 1970); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Carolina del Norte); Uniform Voidable Transactions Act (2014, UVTA) (Estados Unidos)

707 Veracidad en los Préstamos [Truth in Lending Act, TILA], 1968. (EE.UU.) En adelante "TILA".

Comercio de Garantía Magnuson-Moss (la Ley Magnuson-Moss)[708] o la ley laboral del *National Labor Relations Acts* (NLRA) artículo 9d, se refiere claramente a la negociación colectiva que prohíbe a los representantes de los empleadores una negociación de mala fe[709] con los representantes sindicales.[710]

Ahora bien, en casos de seguros,[711] por ejemplo, los casos en los cuales existe un quebrantamiento del principio de ejecución contractual de la buena fe se refieren al caso *Comunale v. Traders & General Insurance Co*., 328, p 2d198 (1958) que es esclarecedor. En este caso, el demandante (asegurado) demandó a su compañía aseguradora (demandada) por rehusarse a negociar una demanda impuesta por un tercero contra el asegurado; y dichas demandas se extendieron hasta los asuntos en los cuales el asegurado demanda a su propia aseguradora por la negativa de pagar al asegurado o al tercero. (Palmieri, 1993, p. 102).

En este caso, es claro el deber de la aseguradora de actuar de buena fe nace de la imposición estatal del *ius imperium* a partir de la relación fiduciaria entre la aseguradora y el asegurado. Es decir, cuando exista una relación fiduciaria, el principio del *caveat emptor* no funciona, se aniquila por operatividad del orden público. De modo que el *caveat emptor* queda reducido a situaciones de transacciones privadas donde no medien situaciones fiduciarias.[712]

---

708 Cfr. Palmieri, 1993, pp. 112-113.

709 Yelmen (2015) aborda en detalle el concepto de "yetkisiz temsil" o "representación no autorizada". Este concepto es similar a la *misrepresentation*, ya que implica a alguien actuando en nombre de otra persona sin la autoridad para hacerlo (pp. 415-417).

710 Ley Nacional de Relaciones Laborales [NLRA]. 1935. (EE.UU.). En adelante "NLRA".

711 Mussy (1999) analiza la importancia de la buena fe en las relaciones fiduciarias, contratos de seguros y asociaciones (pp. 26-28).

712 Schmitz (1980) menciona que "Loyalitätspflichten" (obligaciones de lealtad) incluye "Aufklärungs-, Beratungs- und Mitwirkungspflichten" (obligaciones de información, consulta y cooperación), y considera que la *culpa in contrahendo* es un tipo de

En esta expansión del deber de actuar de buena fe al tramado precontractual en el *common law*, Palmieri (1993) refiere que:

> Cualquier intento de caracterizar el deber de buena fe como meramente contractual y, por lo tanto, negar la existencia del deber cuando no hay contrato es insostenible porque el deber de buena fe existe antes de que se celebre ningún contrato. Es un deber impuesto por la ley y está fuera de la libertad contractual de las partes. El deber de la buena fe pertenece a las prácticas imperantes de la comunidad de personas y sus nociones sobre lo que constituye el bienestar general. Es un deber permanentemente presente siempre que los seres humanos se relacionen entre sí. El incumplimiento de este deber es contrario a la política pública y contra *bonos mores* como estos conceptos son entendidos por la comunidad. Un hombre de probidad e inteligencia sabe que las prácticas y opiniones de sus semejantes, "prácticas y opiniones en medio de las cuales nació y por las cuales se ha formado y educado su propia mente y conciencia" no permitirían que los quebrantamientos a la buena fe prevalezcan (p. 105).

Y si existe este "deber de actuar de buena fe" en la etapa precontractual o negocial cuando medie una relación fiduciaria entre las partes, el principio del *caveat emptor* queda reducido a las situaciones o interacciones de carácter privado donde no existe una relación fiduciaria; sin embargo, como lo veremos a continuación, incluso en el fuero interno interrelacional privado de actores comunes y corrientes, el deber de evitar la falsedad o la *misrepresentation* (o

"Vertrauenshaftung" (responsabilidad fiduciaria), que puede estar relacionada con el concepto de "Erklärungshaftung" (responsabilidad de declaración) (pp. 18-29).

sea el deber de evitar la mala fe[713]) viene impuesta por la figura de la *misrepresentación* o *misrepresentation* que puede dar lugar a una rescisión[714] del contrato o a daños.

Entonces, en este sentido, el deber de actuar de buena, en situaciones impuestas por mandato legal, del *ius imperium* u orden público del Estado, es decir, como principios impuestos por leyes de orden imperativo o de orden público, es un esquema basado en la política pública, donde Palmieri (1993) lo describe de la siguiente forma:

> Como requisito basado en la política pública, el deber de buena fe establece la norma de conducta que se exige a todos para desalentar la deshonestidad y fomentar la lealtad, la equidad y la apertura, fomentando así el comercio y el comercio, premiando la honestidad y la franqueza y condenando el engaño de cualquier tipo. Las consideraciones de caracterización meticulosa en el contrato o agravio, y las distinciones sistemáticas claras dentro de los dos órdenes de responsabilidad, no son importantes. Puede haber buenas razones en algunos casos para no permitir recursos extracontractuales por violación del deber de buena fe cuando existe un contrato. Sin embargo, lo que importa es que siempre se disponga de algún recurso por incumplimiento del deber de buena fe. (p. 106).

¿Y cuáles serían los mecanismos extracontractuales en el *common law* americano, mecanismos amparados por el orden

713 Para Radisic (1991) el principio de la buena conlleva el de evitar engaños y amenazas al celebrar un contrato (pp. 109-111).

714 Oughton (2000) menciona que un tercero que compra de buena fe y sin conocimiento de algún defecto en el título está protegido contra la rescisión (p. 682).

público? Como ya lo hemos visto, la ley impone ciertas obligaciones a las partes de divulgar información[715] que es relevante antes de entrar en un contrato, lo hemos visto en leyes como el RESPA,[716] TILA,[717] ECOA,[718] FTC Act,[719] entre otras.[720] Entonces, los parámetros para la obligación de divulgar información en el marco de una negociación preliminar, de acuerdo a la doctrina, se enmarca dentro de ciertos derroteros, según Palmieri (1993):

> Generalmente, no hay responsabilidad por el silencio a menos que exista el deber de revelar. Se ha reconocido el deber de divulgar en al menos siete circunstancias: (1) todos los hechos materiales que se han ocultado activamente deben ser divulgados; (2) las declaraciones anteriores

715 Mosset Iturraspe (2006) aborda la prohibición de "inexactitudes" u "ocultamientos" que podrían llevar a error, engaño o confusión. También discute la prohibición de publicidad o propaganda que pueda inducir a error sobre las características o propiedades de un producto o servicio (p. 84).

716 Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.).

717 Truth in Lending Act [TILA], 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.).

718 Equal Credit Opportunity Act. [ECOA]. 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974).

719 Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).

720 Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Estados Unidos); Consumer Data Protection Act of 2023 (Estados Unidos); Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Illinois); Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Estados Unidos); Consumer Protection Act of 2010 (Estados Unidos); Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Tennessee); Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos); Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Estados Unidos); Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Estados Unidos); Federal Odometer Act of 1972 (Estados Unidos); Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Estados Unidos); Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Estados Unidos); Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Estados Unidos); Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Estados Unidos); Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Estados Unidos); Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Estados Unidos); Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.); Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.); Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Estados Unidos); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Nueva York, 1970); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Carolina del Norte); Uniform Voidable Transactions Act (2014, UVTA) (Estados Unidos).

> que luego se descubra que son falsas o resulten ser falsas deben corregirse; (3) todos los hechos materiales deben ser revelados si se dice algo; (4) todos los hechos materiales deben ser revelados cuando existe una relación fiduciaria o confidencial entre las partes; (5) se debe divulgar información material superior sobre una transacción cuando la otra parte no pueda razonablemente descubrir la información y tenga una creencia errónea con respecto a ella; (6) todos los hechos materiales deben ser revelados en la formación de contratos de seguro y fianza; y (7) todos los hechos materiales deben ser revelados como lo requiere la ley. (p. 120).

Como vemos, no hay una obligación de divulgar la información a menos que exista una ley de por medio, es decir una obligación impuesta por el orden público a partir de una relación fiduciaria entre las partes. Entonces, el silencio no es sinónimo de fraude,[721] a menos que existan esas relaciones fiduciarias y especiales circunstancias que las leyes recogieron.[722]

Como podemos observar, este ramillete de comentarios es muy ilustrativo con respecto al accionar de la buena fe en las negociaciones preliminares. Como vemos, no existe una obligación de negociar de buena fe, pero eso no significa que existe una carta blanca para actuar de mala fe, ya que, al detectarse mala fe en la negociación preliminar,

721 Por su parte, Cartwrigth y Hesselink (2009) ponen de manifiesto este tema del silencio, y manifiestan que, en algunos casos, como en Francia, se podría argumentar que el silencio del vendedor después de haber sido informado de las características que el comprador estaba buscando podría considerarse ocultación fraudulenta (pp. 422-423).

722 Por su parte Kohls (1990) menciona específicamente que puede aplicarse la CIC "si se proporciona información incorrecta o se ocultan hechos desventajosos" (p. 12).

entran a tallar figuras como la *misrepresentation* (representación falsa), la restitución o el fraude.

2.4. Ausencia de la Obligación de Divulgar en Inglaterra

En el *common law* inglés, todavía sigue existiendo cierta hostilidad con respecto a este atemperamiento de la no divulgación de información, ya que los sistemas del *common law* se basan en el individualismo, pero con el tiempo ha ido ganando la propuesta concomitante con los derechos de los consumidores[723] y su derecho de acceder a información[724] cuando la otra parte dispone de ella y no le es accesible por sus propios medios.

A modo de ilustración en este sentido del *common law* inglés tenemos los comentarios de algunos tratadistas ingleses. Por ejemplo, Treitel (2013) piensa con respecto a la no obligación de divulgar en Inglaterra que: "A veces, la regla puede parecer funcionar de manera rigurosa; pero si existiera un deber general de divulgación, sería muy difícil decir exactamente qué debe divulgarse en un caso particular." (p. 390); sin embargo, hay excepciones, como por ejemplo los contratos llamados "ubérrima fidei" (máxima buena fe), como por ejemplo en los contratos de seguros (pp. 394-396), o arreglos familiares en torno a la división de un inmueble heredado (pp. 397-398), o incluso situaciones donde existe una limitada obligación de informar, como

723 Estevill (1995) aborda la evolución de los derechos de los consumidores y la responsabilidad de los fabricantes. Específicamente, analiza el impacto de la publicidad moderna y la cambiante dinámica del mercado, lo que ha llevado a nuevas expectativas y comportamientos por parte de los consumidores (pp. 848-850).

724 En este sentido, Oughton (2000) aborda el principio de buena fe en el contexto del bienestar del consumidor (consumer's welfare). Destacando que una parte que invoca un principio legal válido de mala fe no debería tener derecho a beneficiarse de dicho principio. Menciona dos casos, *The Hansa Nord* y *Nicolene Ltd v Simmonds*, como ejemplos en los que se aplicó este principio para impedir que una parte se aprovechara de un incumplimiento o incertidumbre contractual de mala fe. Estos casos subrayan el compromiso del sistema legal con la equidad y la aplicación ética de los principios legales (p. 12).

por ejemplo las garantías, o contratos de venta de tierras con defectos inusuales que un prudente y razonable compradore no se espera que lo descubrir (p. 398), o casos de compromisos que ponen fin a una disputa.

También Treitel (2013) propone casos de una obligación de divulgar en situaciones donde existe una relación fiduciaria (como los socios de una compañía, el principal y el agente, o entre una compañía y sus promotores) (p. 399), o cuando exista un mandato legal como el caso de la Ley de Servicios Financieros y de Mercados del 2000, donde existen obligaciones de divulgar información sobre las acciones de la bolsa de valores (p. 399).

Ahora bien, con respecto a la Ley de Misrepresentación de 1967[725] (en adelante "LM1967), Treitel (2013) hace la aclaración que esta ley distingue la simple no divulgación de la activa misrepresentación (p. 402). Asimismo, explica que el *estoppel* inglés constituye un mecanismo de defensa a quien realiza una manifestación o afirmación. (p. 403). Mc Kendrick (2020) explica que esta ley le da un derecho a accionar a la parte lesionada para poder recobrar daños (p. 587).

En efecto, la sección 2(1) de la LM1967 dice:

> Cuando una persona ha celebrado un contrato después de que se le haya hecho una representación falsa por otra parte del mismo y como resultado de ello ha sufrido una pérdida, entonces, si la persona que hizo la representación sería responsable de los daños en caso de que la representación se hubiera hecho fraudulentamente, esa persona será responsable a pesar de que la representación no se haya hecho fraudulentamente, a menos que demuestre que tenía motivos razonables para creer y creyó hasta el momento en

725 Ley de *Misrepresentation* de 1967. Reino Unido.

> que se celebró el contrato que los hechos representados eran verdaderos.[726]

El efecto de la misrepresentación en el ámbito contractual (sea intencional o negligente), grafica Mc Kendrick (2020), es la rescisión, que tiene efectos retrospectivos y prospectivos (p. 575).

3. LA *MISREPRESENTATION* DEL *COMMON LAW*[727]

3.1. Hacia un concepto

Como lo sostiene Winfield (1946), en el *common law*, históricamente nunca ha existido la obligación de las partes (salvo ley en contrario) que estipule la obligación de decir la verdad sobre el objeto del contrato (p. 422). Sin embargo, el desenvolvimiento del comercio ha generado la necesidad de que en ciertas situaciones exista la obligación de develar e informar[728] sobre los pormenores del objeto materia del contrato, como, por ejemplo, casos de:

> a) Seguros, b) caución y garantía, c) venta de bienes inmuebles, d) asentamientos familiares, e) el contrato de asociación y luego, por analogía, los contratos para tomar acciones en empresas y los contratos de promotores. (p. 423-424).

Winfield (1946) desarrolla estos casos uno por uno para explicar cómo, por ejemplo, el ocultamiento de información del objeto

726 En lo que concierne esta ley, es necesario aclarar, junto a Oughton (2000), que la Ley de *Misrepresentation*s de 1967 permite una acción por daños y perjuicios por una representación errónea negligente, y que el autor de la representación errónea tiene el deber de refutar la negligencia (p. 659).

727 El término "*misrepresentation*" se traduce como falsedad o misrepresentación. Diccionario Webster online.

728 Kovac (2019) menciona que la no divulgación de información material puede ser motivo de responsabilidad (p. 19).

asegurado, genera la nulidad del contrato de seguro (p. 425),[729] o una descripción errónea que afecte el valor o título de una propiedad inmueble hará anulable el contrato (p. 430). Asimismo, sigue Winfield, no todas las cauciones o garantías conllevan el deber de decir toda la verdad, sino que existen incidentes peculiares después que el contrato se forma, donde el garante queda librado de su responsabilidad en el caso de ocultamiento o *misrepresentation* o falsedad del objeto materia del contrato (p. 428.) Ahora bien, las garantías implícitas de calidad, estado físico y condición del objeto del contrato son en realidad condiciones, donde si los bienes entregados no cumplen dichas condiciones pueden ser rechazados (p. 425).[730]

Entonces la *misrepresentación* alude a la conducta de una parte que es la de engañar, u ocultar información[731] cuando por ley señala que una parte debería proporcionarla. Esta definición se asemeja a la doctrina de la CIC en la figura de la obligación de informar los defectos al comprador.[732]

---

729 Winfield (1946) hace la aclaración que, si un bróker realiza un ocultamiento de información o la dación de información incorrecta sobre el asegurado, no generará automáticamente la nulidad del contrato (p. 426).

730 Holmes (1991) piensa que el contrato de garantía es un contrato accesorio (p. 248). Por su parte, Mussy (1999) analiza el tema de la responsabilidad de un vendedor que no reveló que una propiedad no estaba en venta, lo que implica que está vinculada a misrepresentaciones (pp. 182-183).

731 Witthause (1986) cree que existe responsabilidad cuando el vendedor tiene conocimiento de un defecto y oculta intencionadamente esa información con el fin de engañar al comprador (p. 73).

732 Penningroth (2022) estudia la evolución de las leyes en los EE.UU. y su conexión con el factor racial: "En la década de 1940, los jueces parecían romper la conexión teórica entre ser negro y ser incapaz, sosteniendo cada vez más que ser 'de color', 'ignorante' o sin un abogado ya no excusaba a un litigante de un mal contrato… Así que los abogados de los negros hablaban cada vez menos sobre el 'negro ignorante' y más sobre la misrepresentación, el analfabetismo o el aspecto físico del contrato (por ejemplo, contratos con manteca de cerdo con 'letra pequeña')" (p. 20). Por su parte Mussy (1999) considera el "deber de recopilar información" y la necesidad de que los abogados "ejerzan la debida diligencia" en relación con la naturaleza de su trabajo (pp. 163-164).

De otro lado, como veremos en el appendix III, al analizar el caso del Tribunal de Casación Civil Italiano Cass. 11-03-2015, No. 25371,[733] veremos la similitud con el caso del *common law Loosli v. City of Salem*, 345 Or. 303 (Or. 2008), y analizaremos la Sección 552 del Segundo Restatement de Torts,[734] que trata sobre la responsabilidad por representaciones negligentes de la siguiente forma:

> (1) Quien, en el curso de su negocio, profesión o empleo,[735] o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario, suministre información falsa para la guía de otros en sus transacciones comerciales, está sujeto a responsabilidad por pérdidas pecuniarias causadas a ellos por su legítima confianza en la información, si no ejerce un cuidado o competencia razonables al obtener o comunicar la información.

733 En adelante "Caso *Fondedile*", ya estudiado en el Capítulo I.

734 Second Restatement of Torts [SRT]. 1965-1979. (EE.UU.). §552: (1) Quien, en el curso de su negocio, profesión o empleo, o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario, suministre información falsa para la guía de otros en sus transacciones comerciales, está sujeto a responsabilidad por pérdidas pecuniarias causadas a ellos por su legítima confianza en la información, si no ejerce un cuidado o competencia razonables al obtener o comunicar la información.
(2) Salvo lo establecido en la Subsección (3), la responsabilidad establecida en la Subsección (1) se limita a las pérdidas sufridas
(a) por la persona o uno de un grupo limitado de personas en cuyo beneficio y guía tiene la intención de suministrar la información o sabe que el destinatario tiene la intención de suministrarla; y
(b) a través de la confianza en ella en una transacción que él tiene la intención de influir con la información o sabe que el destinatario también lo tiene, o en una transacción sustancialmente similar.
(3) La responsabilidad de aquel que tiene un deber público de suministrar la información se extiende a las pérdidas sufridas por cualquier miembro de la clase de personas para cuyo beneficio se crea el deber, en cualquiera de las transacciones en las que se pretende protegerlos.

735 Oughton (2000) menciona el término de "confianza y lealtad" en los contratos de empleo, que está relacionado. Este término está implícito en cada contrato de empleo y los daños por su incumplimiento deben evaluarse de acuerdo con los principios contractuales ordinarios (pp. 622-624).

> (2) Salvo lo establecido en la Subsección (3), la responsabilidad establecida en la Subsección (1) se limita a las pérdidas sufridas
>
> (a) por la persona o uno de un grupo limitado de personas en cuyo beneficio y guía tiene la intención de suministrar la información o sabe que el destinatario tiene la intención de suministrarla; y
>
> (b) a través de la confianza en ella en una transacción que él tiene la intención de influir con la información o sabe que el destinatario también lo tiene, o en una transacción sustancialmente similar.
>
> (3) La responsabilidad de aquel que tiene un deber público de suministrar la información se extiende a las pérdidas sufridas por cualquier miembro de la clase de personas para cuyo beneficio se crea el deber, en cualquiera de las transacciones en las que se pretende protegerlos.

Como veremos en el appendix III dedicado al análisis de casos del *civil law* dedicados a la *Culpa in contrahendo* (en la vertiente del incumplimiento de la obligación de informar),[736] la similitud entre la CIC con esta institución del *misrepresentation* (del *common law*) es impactante.[737]

Por otra parte, la gran diferencia entre el *promissory estoppel* y la *misrepresentation* es que el promisario o beneficiario confía y cambia de actitud basado en la confianza en la promesa o en las representaciones que se le han propuesto (*promissory estoppel*),

736 Recuérdese que la CIC tiene -como lo vimos en los capítulos I y II- tres vertientes: incumplimiento del deber de cuidado, del deber de negociar de buena fe, y del deber de informar.

737 Asimismo, Farnsworth (1990) señala que "Con pocas excepciones, todo comportamiento engañoso se considera un abuso del proceso de negociación" (p. 249).

mientras que si se hubiera basado en una falsa declaración o en una declaración hecha de mala fe o con malicia[738] (al igual que las declaraciones que el Segundo vertiente de la CIC expone en su naturaleza conceptual "RINP") entonces estaríamos frente a la *misrepresentation*. Williston (1938) lo expresó de la siguiente forma:

> La peculiaridad de un *promissory estoppel* es que no hay una declaración errónea de un hecho existente, sino simplemente una promesa, acuerdo o permiso para una conducta futura. Para los propósitos ordinarios del *estoppel*, esto no es suficiente. La única representación de un hecho existente es que se ha hecho una promesa o se ha dado un permiso, y un *estoppel* que niegue esto no brinda ayuda al beneficiario de la promesa, a menos que se sostenga además que una promesa, cuando el beneficiario ha actuado confiando razonablemente en ella, debe cumplirse. Esto no es la regla general en lo que respecta a las promesas, pero, como se indica en las secciones anteriores, es cierto en el caso de promesas para excusar condiciones y en cierta medida en el caso de promesas para renunciar a derechos. Tampoco es relevante aquí, aunque lo sea para establecer el fraude, que haya algún propósito, en el momento en que se da la promesa o se otorga el permiso, de romper la promesa o retirar el permiso. Si fuera necesario tener conocimiento de algún hecho para un *promissory estoppel*, no sería conocimiento de la veracidad o falsedad de un hecho representado, sino conocimiento de las circunstancias circundantes. Para crear una responsabilidad contractual original sobre la base del *promissory estoppel*, el Restatement

738 Windscheid (1900) menciona la "arglistige Täufchung" (engaño malicioso) y discute las implicaciones del fraude o engaño en un contrato (p. 520).

> of Contracts requiere conocimiento de hechos a partir de los cuales el promisor pudiera razonablemente anticipar que el beneficiario de la promesa tomaría una acción de carácter definido y sustancial confiando en ella y sufriendo daño como resultado. Sin embargo, cuando la promesa en la que se busca establecer un *estoppel* es una promesa de excusar el cumplimiento de una condición futura, casi siempre habrá razón para anticipar que el beneficiario, confiando en la promesa, no cumplirá la condición. No se puede admitir que haya necesidad de conocimiento más allá de esto. (pp. 578-579).

Como vemos, la diferencia entre el *promissory estoppel* y el *misrepresentation* está bien delimitada. De otra parte, la buena fe o la mala fe del promisor no es necesario para activar la figura del PE, pero sí es un elemento fundamental en la figura de la CIC (especialmente en el Segundo vertiente de la RINP). Con ello, como veremos en el appendix III, equiparamos la CIC con el *misrepresentation*, puesto que su similitud ínsita es conceptualmente correcta.

3.2. *Misrepresentation* en la inducción y misrepresentación en la ejecución: sus elementos

Farnsworth (1990) nos detalla la diferencia de una *misrepresentation* o falsedad que apunta a la inducción a celebrar un contrato o a la ejecución del mismo. Típicamente, una *misrepresentation* o falsedad en el proceso inductor se da, por ejemplo, cuando un vendedor tergiversa la calidad de los bienes, generando que el contrato sea anulable. Pero en raros casos la *misrepresentation* o falsedad se reconduce a la esfera de la ejecución contractual, como cuando una parte convence a otra parte a firmar un documento asegurando falsamente que no tiene efecto legal (p. 249), en cuyo caso el contrato sería nulo (p. 250).

Los elementos de la *misrepresentation* o falsedad en la inducción, serían, de acuerdo a Farnsworth (2009):

a). Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos.
b). La aseveración debe ser fraudulenta[739] o material.
c). La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad.
d). La confianza del receptor debe ser justificada. (p. 250).

Cabe señalar que estos elementos son rescatados de la sección 161(b) del Segundo Restatement de Contratos,[740] que señala que:

> (b) Una declaración hecha por una parte durante las negociaciones contractuales es engañosa si:
>
> (1) es materialmente falsa, es decir, es una afirmación importante que podría influir en la decisión de la otra parte de celebrar un contrato; y
>
> (2) se hace intencionalmente o con negligencia;[741] y
>
> (3) se hace con el propósito de engañar a la otra parte.

De modo que, a la luz de estos pasajes preliminares, veamos cómo se configuran conceptualmente cada uno de estos elementos, sobre todo en la *misrepresentation* o falsedad por inducción:

739 Arenas García (2007) analiza el "dolo incidental", que se refiere a un engaño que no afecta las condiciones esenciales del contrato (p. 318).

740 Restatement (Segundo) de Contratos (SRC), 1981. (EE.UU.)

741 Leonhard (1896) menciona que la "Haftung des Verkäufers für das Verschulden" (responsabilidad del vendedor por negligencia) se ha desarrollado con el tiempo (p. 28).

a) Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos

La esencia del engaño es una falsa representación de los hechos,[742] que debe ser hecha al momento en que la representación se realiza, sobre un hecho pasado o sobre una circunstancia o evento contemporáneo, porque una promesa de un hecho futuro podría dar lugar a responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones (o tal vez dar lugar a un escenario de PE, según sea el caso).[743]

Esta aseveración puede ser un acto afirmativo o negativo. Es decir, se puede desdoblar en dos, por un lado, puede ser una aseveración, afirmación o representación engañosa (falsedad por acción) o puede ser por omisión,[744] cuando hay un ocultamiento[745] o encubrimiento de un hecho o alguna información que no se divulga cuando existe una obligación de por medio.[746]

En este sentido, traemos a colación lo estudiado en el capítulo II con respecto a el Segundo vertiente de la CIC (obligación de informar o divulgar información) y atamos sus postulados a los derechos del consumidor. En este apartado, veremos la dinámica de

742 En efecto, Oughton (2000) menciona que, para una reclamación por *misrepresentation*, es esencial que la declaración sea fáctica y no promisoria (p. 139).

743 Cfr. Farnsworth, 1990, pp. 250-251.

744 Nickl cree encontrar responsabilidad cuando una de las partes ha retenido información o ha actuado de mala fe. Esto sugiere que la *culpa in contrahendo* puede estar vinculada a misrepresentaciones (pp. 66-67).

745 Mosset Iturraspe (2006) trata el concepto de "dolo omisivo" o la omisión fraudulenta, que se refiere a la retención intencional de información importante con el fin de engañar a la otra parte (pp. 59-60).

746 Benati (2021) menciona la posibilidad de "omisión dolosa" y discute el deber de informar detalladamente (pp. 174-175).

la *misrepresentation* o falsedad por omisión haciendo hincapié a la diferencia entre el encubrimiento y la no divulgación.[747]

Para asistirnos en la diferenciación de estos dos conceptos que parecen similares, aunque no sinónimos, tenemos el caso *Laidlaw & Co. v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817), en el cual la Corte planteó que la no divulgación no equivalía al encubrimiento. En este caso el demandado (comprador de tabaco de la empresa Laidlaw & Co) se había enterado que la guerra de 1812 había culminado y con ello el bloqueo británico de Nueva Orleans sería levantado, con lo cual el precio del tabaco iba a subir, de esta manera y con esta información el comprador adquirió tabaco de Laidlaw & Co, ignorante del tratado de Ghent. La Corte opinó que el contrato era válido y que no hubo falsedad por encubrimiento puesto que el acceso a la información era disponible a ambas partes. O sea, el Juez Marshall manifestó que el silencio no constituyó falsedad por encubrimiento, y lo expresó de la siguiente manera:[748]

> La pregunta en este caso es si la información de las circunstancias extrínsecas, que podían influir en el precio de la mercancía, y que se encontraban exclusivamente en el conocimiento del comprador, ¿debía haber sido

747 Por su parte Nunes Fritz (2018) piensa que la CIC se da cuando existe una retención de información que induce a otra parte al error. Es decir, una "vorvertragliche Informationshaftung" (responsabilidad de información precontractual) surge cuando una parte proporciona información incorrecta o retiene información, lo que luego lleva a la otra parte a celebrar un contrato que de otro modo no habría firmado. Es decir, la omisión o comunicación de información falsa o incomplete constituye un incumplimiento del deber, que puede generar responsabilidad (pp. 455-456, 461). Por su parte, Schmitz (1980) analiza el concepto de "Dritthaftung" o responsabilidad civil, que puede surgir de información falsa u omisiones. También analiza el concepto de "qualifiziertes Schweigen" o "silencio calificado", que puede interpretarse como una respuesta afirmativa o negativa a una pregunta, específicamente, y estudia cómo la CIC puede aplicarse a información falsa u omitida, y cómo puede usarse para responsabilizar a un tercero por declaraciones falsas (pp. 126-127, 132, 133, 134).

748 *Laidlaw & Co. v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817).

> comunicada por él al vendedor? El tribunal opinó que no estaba obligado a comunicarlo. Sería difícil delimitar la doctrina contraria dentro de límites adecuados, cuando los medios de información son igualmente accesibles a ambas partes. Pero al mismo tiempo, cada parte debe tener cuidado de no decir o hacer nada que tienda a imponerse a la otra (párrafos 184-ss).

De esta aseveración comprendemos que la falsedad está prohibida, pero que no toda negativa de brindar información equivale a encubrimiento. Sin embargo, cuando esta información está disponible al vendedor, pero no al consumidor, entonces la obligación de informar cobra relevancia, tal cual lo explicamos en el capítulo II referido a la vertiente de la CIC sobre la obligación de informar.

De ahí que con el paso del tiempo las Cortes han burilado tres situaciones donde la no divulgación de información puede equivaler a un encubrimiento como fundamento de la falsedad por omisión, la misma que puede ser intencional o negligente:

1) Relaciones fiduciarias: en situaciones fiduciarias donde la confianza y la verdad son el corazón de la relación, una omisión de información equivale a falsedad por omisión.
2) Situaciones donde una parte posteriormente toma conocimiento que lo que dijo anteriormente ya no es cierto o verdadero, imponiéndosele la obligación de divulgar la nueva información.
3) La tercera situación de casos donde una parte posee mayor información que la otra pero no la revela. Ya vimos el caso de *Laidlaw & Co. v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817), pero las Cortes han ido atemperando esta situación, sobre todo cuando la parte vendedora es la que posee mayor información con mayor accesibilidad de medios e instrumentos que los

> que posee el comprador. En este sentido las Cortes han determinado que en ciertas situaciones la no divulgación de que no existe algo es similar a la afirmación de su inexistencia.

Entonces, la no obligación de divulgar se ha ido atemperando con el tiempo, es decir, el histórico *caveat emptor* (que las partes se den cuenta) se ha modificado con el transcurso del tiempo. Actualmente el Segundo Restatement de Contratos § 161 (b)[749] dice:

> 161b. La no revelación por parte de una persona de un hecho que conoce es equivalente a una afirmación de que el hecho no existe en los siguientes casos solamente:
>
> (b) cuando sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte en cuanto a una suposición básica en la que esa parte está realizando el contrato, y si la no divulgación del hecho equivale a no actuar de buena fe y de acuerdo con normas razonables de trato justo.

En el mismo sentido, el Segundo Restatement de Torts § 551[750] expresa:

---

749 Second Restatement of Contracts [SRC], Sección 161(b), 1981. (EE.UU.) que dice: La no revelación por parte de una persona de un hecho que conoce es equivalente a una afirmación de que el hecho no existe en los siguientes casos solamente:
(a) cuando sabe que la divulgación del hecho es necesaria para evitar que alguna afirmación previa sea una representación falsa o fraudulenta o sea material.
(b) cuando sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte en cuanto a una suposición básica en la que esa parte está realizando el contrato, y si la no divulgación del hecho equivale a no actuar de buena fe y de acuerdo con normas razonables de trato justo.
(c) cuando sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte en cuanto al contenido o efecto de un escrito que evidencia o incorpora un acuerdo en todo o en parte.
(d) cuando la otra persona tiene derecho a conocer el hecho debido a una relación de confianza y confidencialidad entre ellos.

750 Second Restatement of Torts (SRT), Sección 551. 1965-1979. (EE.UU.)

> 551. Omisión de revelar información
>
> (1) Una persona que omite revelar a otra persona una información que ella sabe o debería saber que es material para el otro y que el otro no tiene conocimiento razonable y no le sería razonable obtener por otro medio, comete una acción de negligencia si la omisión causa daño al otro.
>
> (2) Una persona no está obligada a revelar información si:
>
> (a) la información es de conocimiento público;
>
> (b) la información es de fácil acceso para el otro;
>
> (c) la información es conocida por el otro;
>
> (d) la información no es material;
>
> (e) la revelación de la información sería ilegal;
>
> (f) la revelación de la información violaría una obligación fiduciaria;
>
> (g) la revelación de la información sería una violación del deber de lealtad;[751] o
>
> (h) la revelación de la información sería una violación de la confidencialidad.

Por su parte, Farnsworth (1991) expresa esta evolución de la obligación de divulgar o revelar[752] información: "Un tribunal es más propenso a esperar que una parte divulgue información si esa parte tiene conocimientos especiales o un medio especial de conocimiento

751 Mosset Iturraspe (2006) afirma que la buena fe abarca deberes de diligencia, previsión, cooperación, información, reserva, custodia y fidelidad (p. 280).

752 Siber (1914) destaca el concepto de "Verschuldens beim Vertragsschluß" o "culpa en la conclusión del contrato". Este concepto parece referirse a la idea de que una de las partes puede tener la culpa por no revelar cierta información o por tergiversar los términos del contrato (p. 195).

que no está generalmente disponible para aquellos en la posición de la otra parte" (p. 256).

Como podemos ver, sin necesidad de recurrir al elemento de buena fe en la etapa de negociaciones, la divulgación de la información poco a poco ha ido ganándole el terreno al *caveat emptor* del *common law* en los EE.UU. Con ello, podemos equiparar el Segundo vertiente de la CIC con el *misrepresentation* (falsedad) por omisión.[753]

Un dato curioso de subrayar es que, a tenor de la Sección 161(b) del Segundo Restatement de los Contratos, la obligación de las partes de revelar información se da en los casos donde una parte sabe que la otra parte está incurriendo en un error[754] y que para evitarlo necesita revelar información material y trascendente para que dicha parte logre formular su decisión.[755] La buena fe, de acuerdo a la Sección 161(b) viene dada con fuerte ligazón a la evitación de la mala fe, es decir, el "fair dealing" está vinculado a desterrar la mala fe o la falsedad en estos contextos. La dialéctica de buena fe-mala fe deriva en la obligación de evitar la mala fe a través del ocultamiento de información[756] por parte del actor con mayor acceso a la información.

b) La aseveración debe ser fraudulenta o material

Si el receptor de la falsedad o *misrepresentation* intenta actuar bajo las premisas del tort (responsabilidad extracontractual), debe

753 Kausmanns (1966) enfatiza sobre la importancia de no crear falsas impresiones ya sea mediante la acción o inacción (pp. 30-31).

754 Asimismo, Gómez Calle (1994) describe una situación en la que el vendedor retiene intencionalmente información con el fin de engañar al comprador (pp. 53-55).

755 Por su parte Chaussade Klein (1992) analiza el concepto de "reticence" o "reticencia" en la ley francesa, que se refiere a la retención intencional de información para engañar a alguien. Este concepto está relacionado con misrepresentaciones, que podrían sugerir un vínculo con la *culpa in contrahendo* (pp. 45-46). En el mismo sentido, Mussy (1999) considera que la responsabilidad por la reticencia siempre se trata en conexión con las obligaciones precontractuales de buena fe (p. 124).

756 Patrzek (1992) vincula la CIC a temas de "violación de las obligaciones de divulgación y consulta" (p. 9).

demostrar que la falsedad era fraudulenta[757] y material. Sin embargo, si el receptor desea simplemente rescindir el contrato, necesita demostrar que la aseveración era fraudulenta o material.[758]

La intención de defraudar (*scienter*) es una pieza fundamental para accionar. Esta intención de usar artilugios o malicia camina paralelamente con la mala fe o el dolo, tal cual lo estudiamos en los postulados del Digesto del acápite II de esta obra.[759] Es decir, este *scienter* no solamente es la intención de engañar sino también dejar que la otra parte continúe en su error.[760]

Sin embargo, aun cuando no se pueda demostrar la defraudación, es importante la materialidad de la *misrepresentation* para que el contrato queda anulado. El requerimiento de la materialidad consiste en que demostrar que la *misrepresentation* o la falsedad podría haber inducido a una persona razonable a celebrar un contrato.[761]

En otras palabras, mientras que para los torts se apunta a recobrar daños, en la esfera contractual se apunta a rescindir el contrato bajo la égida de la materialidad (independientemente del fraude).[762]

---

757 Pérez Velásquez (2016) menciona un caso donde el demandado utilizó "maquinaciones fraudulentas" para obtener un desalojo, lo que puede implicar que hubo una representación errónea intencional o fraudulenta (p. 293).

758 Cfr. Farnsworth, 1990, p. 257.

759 Leonhard (1896) sostiene que la buena fe requiere más que simplemente evitar el engaño intencional, y que también requiere actuar de manera concienzuda. Además, analiza cómo el principio de buena fe ha influido en el desarrollo de la responsabilidad por negligencia en el derecho contractual (pp. 13-19).

760 Mc Kendrick (2020) ha señalado que la misrepresentación es la ley del error inducido (p. 557).

761 Cfr. Farnsworth, 1990, p. 258.

762 Kohls (1990) habla sobre la misrepresentación activa, el uso de hechos engañosos y la expresión de opiniones falsas (pp. 74-77).

Para McKendrick (2020) la falsedad debe ser clara, o sea exenta de ambigüedades (p. 559), y debe consistir en una falsedad (p. 559) en forma de declaración o afirmación (pp. 559-560), aunque ya vimos que puede haber *misrepresentation* por omisión.[763]

c) La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad

Mientras que la probanza de un daño pecuniario es un elemento esencial de una acción de *misrepresentation* bajo los torts, donde se solicita la reparación de un daño, en la esfera contractual solamente se busca la rescisión[764] del contrato, donde "el asunto es si el demandante tiene suficiente interés para justificar desestructurar la finalidad de la transacción" (Farnsworth, 2020, p. 261).

d) La confianza del receptor debe ser justificada

Como venimos explicando anteriormente, la confianza del receptor de la falsedad o *misrepresentation* debe ser justificada. Ahora bien, el contexto bajo el cual se asienta la falsedad es importante estudiar para distinguir una mera opinión del declarante o una falsedad.[765]

3.3. Casos del Segundo Restatement de Contratos § 161(b)

Este numeral 161(b) puede ser equiparado con el Segundo vertiente de la CIC (ya estudiada en el capítulo II de esta obra, y pese a que nuestro objeto de estudio es el de comparar la tercera vertiente de la CIC (cual es la RINP) del *civil law* con el PE del *common law*, resulta importante destacar los casos vinculados a este numeral

763 Por su parte, De la Puente y Lavalle (2007) se refiere al deber de lealtad (*duty of loyalty*) que requiere que las partes se abstengan de "toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo" durante el proceso de negociación (p. 355).

764 Oughton (2000) menciona que, según el *common law*, un contrato puede ser rescindido por representación errónea si la declaración se hizo de manera imprudente y sin preocuparse por si era verdadera o falsa (p. 687).

765 Cfr. Farnsworth, 1990, p. 264.

161(b) para entender cómo se configura en el *common law* este deber de no engañar.

La sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos impone el deber de revelar información importante cuando una parte sabe que hacerlo corregiría un error que está cometiendo la otra parte, y no revelarla equivaldría a mala fe.[766] Los casos en los que se aplica esta regla tienden a involucrar situaciones en las que una parte tiene conocimiento exclusivo de un hecho material y no lo revela, lo que lleva a la otra parte a celebrar un contrato bajo una suposición errónea.

Como vemos, tanto en el campo de la CIC como en la esfera del *misrepresentation* (*misrepresentation* o falsedad) la buena fe siempre conlleva a la evitación de la mala fe o el dolo.[767] Es una relación inevitable, y con ello la CIC se aleja de ser una figura comparable con el PE, puesto que su fisonomía queda comparada lógicamente con el *misrepresentation*.

En el caso *Jordan v. Knafel*[768] el tribunal determinó que el hecho de que la mujer no revelara que había tenido relaciones sexuales con otra pareja en el momento de la concepción, lo que llevó al hombre a creer que era el padre de su hijo, equivalía a una falta de actuación de buena fe y de acuerdo con estándares razonables de trato justo.

Los casos de *Lerner v. DMB Realty, LLC*[769] y *Croslin v. Enerlex*,[770] *Inc*. analizan el deber de revelar información en una transacción comercial y hacen referencia específica a la sección 161 del Segundo

766 Por su parte, Caruso (1993) piensa que el no revelar información relevante no es honesto ni eficiente (p. 101).

767 Leonhard (1896) sostiene que los romanos solían usar términos como "celare", "mentiri" y "dolo malo" para indicar intención fraudulenta (p. 17).

768 *Jordan v. Knafel*, 378 Ill. 3d 219 (Ill. App. Ct. 2007).

769 *Lerner v. DMB Realty, LLC*, 234 Ariz. 397 (Ariz. Ct. App. 2014).

770 *Croslin v. Enerlex, Inc.*, 2013 OK 34 (Okla. 2013).

Restatement de Contratos. Ambos casos proporcionan una guía útil sobre el deber de revelar información material en una relación contractual.

Veamos algunos casos en detalle:

a. *Jordan v. Knafel*, 378 Ill. 3d 219 (Ill. App. Ct. 2007)[771]

El caso *Jordan v. Knafel* es relevante porque analiza la aplicación del Segundo Restatement de Contratos § 161(b) a una situación en la que una mujer no le reveló a un hombre que había tenido relaciones

771 Seguido por *Advantage Futures LLC v. Seidenfeld*, 18 C 2567 (N.D. Ill. Jan. 17, 2020); *Eldridge v. Gordon Bros. Grp., L.L.C.*, 863 F.3d 66 (1st Cir. 2017); *Alliance Prop. Mgmt., Ltd. v. Forest Villa of Countryside Condo. Ass'n*, 47 N.E.3d 1142 (Ill. App. Ct. 2015); *Paloian v. Grupo Serla S.A. de C.V.*, 433 B.R. 19 (N.D. Ill. 2010); *Billhartz v. Comm'r*, 794 F.3d 794 (7th Cir. 2015); *Amari Co. v. Burgess*, 955 F. Supp. 2d 868 (N.D. Ill. 2013); *People v. $174,980 U.S. Currency*, 375 Ill. Dec. 46 (Ill. App. Ct. 2013); *Pederson v. Mi-Jack Products*, 389 Ill. App. 3d 33 (Ill. App. Ct. 2009); *People v. Nichole G. (In re Carolina)*, 373 Ill. Dec. 134 (Ill. App. Ct. 2013); *Kim v. State Farm Mutual Auto. Ins. Co.*, 2021 Ill. App. 200135 (Ill. App. Ct. 2021); *Elesh v. Ocwen Loan Servicing, LLC*, No. 12 C 10356 (N.D. Ill. Apr. 19, 2013); *PIPER v. DPFA, INC.*, No. 09 CV 1220 (N.D. Ill. July 20, 2010); *Eldridge v. Gordon Brothers Group, LLC*, CIVIL ACTION No. 08-11254-DPW (D. Mass. Aug. 4, 2011); *Bank of Am. v. All About Drapes, Inc.*, 2015 Ill. App. 142772 (Ill. App. Ct. 2015); *Marler v. Zachary Wulf & Bos Grp.*, 2021 Ill. App. 200200 (Ill. App. Ct. 2021); *Ill. Dep't of Healthcare & Family Servs. ex rel. Green v. Jones*, 2019 IL App (1st) 182352 (Ill. App. Ct. 2019); *Andersons, Inc. v. Walker*, Case Nos. 08-CV-2083, 08-CV-2098 (C.D. Ill. Mar. 26, 2010); *Advocate Health & Hosps. Corp. v. Cardwell*, 2016 Ill. App. 4th 150312 (Ill. App. Ct. 2016); *Eckert v. Freeborn & Peters LLP*, 14 C 2871 (N.D. Ill. Feb. 26, 2015); *Shelter Mut. Ins. Co. v. Flynn*, 2023 Ill. App. 221151 (Ill. App. Ct. 2023); *Precise Indus. Servs., Inc. v. First Pers. Bank*, 2013 Ill. App. 121249 (Ill. App. Ct. 2013); *Levato v. O'connor*, 20 C 1999 (N.D. Ill. Apr. 25, 2023); *M.B. Fin. Bank, N.A. v. Landmarks Pres. Council of Ill.*, 2015 Ill. App. 140123 (Ill. App. Ct. 2015); *Isringhausen Imports, Inc. v. Union Pac. R.R. Co.*, No. 3:16-cv-3160 (C.D. Ill. Sep. 20, 2016); *Naranjo v. Belfor U.S. Grp.*, 22-cv-10924 (E.D. Mich. Sep. 6, 2023); *Breidecker v. Garnett Wood Prods. Co.*, 3:20-CV-253-MAB (S.D. Ill. May 12, 2023); *Bank of Am. v. All About Drapes, Inc.*, 2017 Ill. App. 162849 (Ill. App. Ct. 2017); *Sousa v. Astra Zeneca Pharms., LP*, 2013 Ill. App. 4th 120415 (Ill. App. Ct. 2013); *Schaffrath v. Schaffrath*, 2016 Ill. App. 150607 (Ill. App. Ct. 2016); *Pardo v. Mecum Auction Inc.*, No. 12 C 08410 (N.D. Ill. Mar. 31, 2017); *Bunzl Retail Servs. v. Mid Atl. Med. Servs.*, 21 C 3761 (N.D. Ill. Feb. 1, 2022); *Shermer Aviation, LLC v. Dassault Falcon Jet Corp.*, 2014 Ill. App. 131400 (Ill. App. Ct. 2014); *Starr v. Int'l Bhd. of Elec. Workers*, 2015 Ill. App. 2d 150166 (Ill. App. Ct. 2015); *Ardelean v. Ardelean*, 2015 Ill. App. 2d 140142 (Ill. App. Ct. 2015); *Washington v. Bd. of Educ. of Chi.*, No. 17 CV 2343 (N.D. Ill. Jan. 24, 2018);

sexuales con otra pareja en el momento de la concepción, lo que llevó al hombre a creer que era el padre de su hijo.

> La Sección 161(b) del Segundo (Restatement de Contratos § 161(b) (1981)) es instructiva en este caso, siempre que uno haga una *misrepresentation* mediante la no divulgación: '(b) Cuando sepa que la divulgación del hecho corregiría un error de a la otra parte en cuanto a un supuesto básico sobre el cual esa parte celebra el contrato y si la no divulgación del hecho equivale a una falta de actuación de buena fe y de acuerdo con estándares razonables de trato justo'. Segundo Restatement de Contratos § 161(b) (1981). Aquí, en el momento de negociar el acuerdo, Knafel no dijo que había tenido relaciones sexuales con otra pareja en el momento de la concepción.

El hecho de que no haya revelado la información cuando ella era la única que tenía acceso a ella equivale a no actuar de buena fe y de acuerdo con estándares razonables de trato justo.

b. *Lerner v. DMB Realty*, LLC, 234 Ariz. 397 (Ariz. Ct. App. 2014)[772]

Este caso es relevante porque analiza el deber de revelar información en una transacción comercial y hace referencia

---

Goulding v. Osceola Gold, Inc., No. 16 C 4860 (N.D. Ill. Feb. 21, 2017); *Turbuchuk v. E.T. Simonds Constr.* Co., No. 12-CV-594-WDS (S.D. Ill. Sep. 18, 2013); entre otros.

772 Seguido por *Roberts v. Livdahl*, No. 2 CA-CV 2016-0055 (Ariz. Ct. App. July 12, 2017); *Harper v. State*, 388 P.3d 552 (Ariz. Ct. App. 2016); *Shivkov v. Artex Risk Sols.*, 974 F.3d 1051 (9th Cir. 2020); *AmerisourceBergen Drug Corp. v. Primrose Pharmacy*, Civil Action 16-6106 (E.D. Pa. Nov. 30, 2021); *IceMOS Tech. Corp. v. Omron Corp.*, No. CV-17-02575-PHX-JAT (D. Ariz. Nov. 13, 2019); *In re Real Prop. Commonly Known as 5920 E. 30th St.*, No. 2 CA-CV 2016-0197 (Ariz. Ct. App. July 26, 2017); *Alexander v. State*, No. 1 CA-CV 16-0119 (Ariz. Ct. App. Dec. 1, 2016); *Bruno Fectay & Carine Bidaut Dba the Earth's Memory v. Tahiri*, No. 2 CA-CV 2015-0076 (Ariz. Ct. App. Nov. 30, 2015); *Minder v. Apple Musik Dev., LLC*, No. 1 CA-CV 14-0263 (Ariz. Ct. App. June

específicamente a la sección 161 del Segundo Restatement de Contratos.

> Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia la otra parte de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. (2) Una de las partes en una transacción comercial tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para revelar al otro antes de que se consuma la transacción, (a) asuntos que conoce y que el otro tiene derecho a saber debido a una relación

30, 2015); *First Fid. Bank v. Toll*, No. 1 CA-CV 14-0184 (Ariz. Ct. App. Apr. 23, 2015); *Best v. Elston*, No. 1 CA-CV 13-0408 (Ariz. Ct. App. June 10, 2014); *TCB Remarketing LLC v. Metro Auto Auction LLC*, No. CV-20-01826-PHX-MTM (D. Ariz. Sep. 28, 2022); *Advanced Reimbursement Sols. v. Aetna Life Ins. Co.*, No. CV-19-05395-PHX-DLR (D. Ariz. Mar. 25, 2022); *Nuwer v. FCA US LLC*, 552 F. Supp. 3d 1344 (S.D. Fla. 2021); *Reger v. Ariz. RV Ctrs.*, 515 F. Supp. 3d 915 (N.D. Ind. 2021); *Joshua David Mellberg LLC v. Will*, No. CV-14-02025-TUC-CKJ (D. Ariz. Mar. 27, 2015); *Joshua David Mellberg LLC v. Will*, 96 F. Supp. 3d 953 (D. Ariz. 2015); *Katt v. Riepe*, No. CV-14-08042-PCT-DGC (D. Ariz. July 25, 2014); *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Ohio Cas. Ins. Co.*, No. CV-11-1954-PHX-SMM (D. Ariz. Mar. 28, 2014); *Estate of Kuhling v. Glaze*, 196 A.3d 1125 (Vt. 2018); *Ivey v. Turning Point Homes & Dev.*, 1 CA-CV 23-0021 (Ariz. Ct. App. Nov. 14, 2023); *Strojnik v. Flagexpress, LLC*, 1 CA-CV 21-0074 (Ariz. Ct. App. Nov. 9, 2021); *Strojnik v. Kashyap Hotels, LLC*, 1 CA-CV 21-0043 (Ariz. Ct. App. Nov. 9, 2021); *Sunstate Equip. Co. v. Davis*, No. 1 CA-CV 18-0222 (Ariz. Ct. App. Apr. 4, 2019); *Clark v. Sigmon-Mcbride*, No. 2 CA-CV 2017-0208 (Ariz. Ct. App. Nov. 21, 2018); *Ringer v. Dial*, No. 1 CA-CV 17-0279 (Ariz. Ct. App. Mar. 29, 2018); *Channel v. State*, No. 1 CA-CV 17-0011 (Ariz. Ct. App. Mar. 6, 2018); *Emerson v. O'Connor*, No. 1 CA-CV 15-0094 (Ariz. Ct. App. Jan. 5, 2017); *Meinel v. Vanguard Grp., Inc. (In re Estate of Meinel)*, No. 2 CA-CV 2016-0032 (Ariz. Ct. App. Oct. 19, 2016); *Kimball v. Perkins (In re Estate of Perkins)*, No. 1 CA-CV 14-0657 (Ariz. Ct. App. July 5, 2016); *Jamali v. Hyatt*, No. 1 CA-CV 15-0234 (Ariz. Ct. App. Mar. 24, 2016); *Emerson v. Garcia*, No. 1 CA-CV 14-0854 (Ariz. Ct. App. Oct. 6, 2015); *A. Miner Contracting, Inc. v. City of Flagstaff*, No. 1 CA-CV 14-0249 (Ariz. Ct. App. Oct. 1, 2015); *Kool Radiators, Inc. v. Evans*, No. 1 CA-CV 13-0756 (Ariz. Ct. App. Sep. 1, 2015); entre muchos más.

> fiduciaria u otra relación similar de confianza entre ellos; y (b) asuntos que conoce y que sabe que son necesarios para evitar que su exposición parcial o ambigua de los hechos pueda inducir[773] a error;[774] y (e) los hechos básicos de la transacción, si sabe que el otro está a punto de celebrarla bajo un error en cuanto a ellos, y que el otro, a causa de la relación entre ellos, las costumbres del comercio u otras circunstancias objetivas, esperarían razonablemente una revelación de esos hechos... En ausencia de una autoridad contraria de Arizona, seguimos el Restatement de la Ley.

c. *Croslin v. Enerlex*, Inc., 308 P.3d 1041 (Okla. 2013)[775]

Este caso es relevante porque analiza el deber de una parte de revelar hechos materiales y las consecuencias de no hacerlo. Sin

---

773 En efecto, Gómez Calle (1994) menciona que el error puede atribuirse a la otra parte si "lo provocaron proporcionando información falsa" (p. 30).

774 En este sentido Cartwright y Hesselink (2009) ponen un ejemplo para ilustrar este proceso de inducción al error, mencionan que A inició y continuó las negociaciones con B con el fin de demostrar la rentabilidad potencial del almacén e inducir a C a pagar un precio más alto. Esto sugiere que la conducta de A no fue de buena fe y que podría haber inducido intencionalmente a error a B (p. 112).

775 Seguido por *Widner v. Enerlex, Inc.*, 313 P.3d 930 (Okla. 2013); *Sutton v. David Stanley Chevrolet, Inc.*, 475 P.3d 847 (Okla. 2020); *Dani v. Miller*, 374 P.3d 779 (Okla. 2016); *Progressive N. Ins. Co. v. Pippin*, No. 17-6182 (10th Cir. Mar. 29, 2018); *Hopkins AG Supply LLC v. First Mountain Bancorp, Corp.*, No. CIV-12-1141-C (W.D. Okla. May 24, 2017); *Clifton v. Shelter Mut. Ins. Co.*, No. CIV-14-152-D (W.D. Okla. Feb. 9, 2016); *Houchin v. Hartford Life Ins. Co.*, No. CIV-14-522-D (W.D. Okla. Feb. 8, 2016); *Young v. Dish Network, LLC*, No. 13-CV-114-JED-PJC (N.D. Okla. Oct. 30, 2015); *Choice Atm Enters., Inc. v. Petrig*, No. 13-CV-359-JED-TLW (N.D. Okla. Nov. 17, 2014); *Kimbro v. Davis H. Elliot Co.*, No. 13-CV-208-TCK-TLW (N.D. Okla. May 8, 2014); *Fox v. Crowgey (In re Crowgey)*, 517 B.R. 639 (Bankr. W.D. Va. 2014); *Hopkins AG Supply LLC v. Brunswick Cos.*, No. 17-6251 (10th Cir. Jan. 30, 2019); *In re Semcrude L.P.*, 796 F.3d 310 (3d Cir. 2015); *Musket Corp. v. Star Fuel of Oklahoma, LLC*, 606 F. App'x 439 (10th Cir. 2015); *Pine Tel. Co. v. Alcatel-Lucent U.S. Inc.*, No. 14-7012 (10th Cir. Mar. 27, 2015); *Curtis v. Progressive N. Ins. Co.*, No. CIV-17-01076-PRW (W.D. Okla. Jan. 11, 2022); *Kunneman Props., LLC v. Marathon Oil Co.*, No. 17-CV-00456-GKF-JFJ (N.D. Okla. Sep. 24, 2019); *PWB Dev., L.L.C. v. Acadia Ins. Co.*, No. CIV-17-387-R (W.D. Okla. Aug. 27, 2018); *Fid. & Deposit Co. of Md. v. Riess Family, LLC*, No. 16-CV-270-GKF-FHM (N.D. Okla. May

embargo, el caso no menciona específicamente la sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos, por lo que no está claro si el deber de revelar en este caso surge de esa disposición.

> Las controversias en Harbor Mineral y Livingston surgieron de circunstancias similares a las circunstancias de este caso. Los compradores hicieron ofertas no solicitadas para comprar intereses minerales en el condado de Coal sabiendo que los intereses minerales estaban sujetos a órdenes de agrupación, que los ingresos minerales se habían acumulado bajo el órdenes de mancomunación, que el producto se había transmitido al Estado y que los vendedores desconocían estos hechos materiales, y los vendedores testificaron que no habrían vendido sus intereses mineros si hubieran tenido conocimiento de los hechos materiales. Ambas opiniones concluyeron que *Deardorf v. Rosenbusch* impuso a los compradores el deber de revelar[776] hechos materiales relacionados con la

4, 2018); *Brown v. David Stanley Chevrolet, Inc.*, No. CIV-17-190-D (W.D. Okla. Nov. 17, 2017); *McNeese v. Access Midstream Partners, L.P.*, No. CIV-14-503-D (W.D. Okla. Mar. 10, 2017); *Bristow First Assembly of God v. BP P.L.C.*, 210 F. Supp. 3d 1284 (N.D. Okla. 2016); *Lane v. BP P.L.C.*, No. 15-CV-524-TCK-FHM (N.D. Okla. Sep. 28, 2016); *Lee v. BP P.L.C.*, No. 15-CV-525-TCK-TLW (N.D. Okla. Sep. 28, 2016); *Farley v. Stacy*, No. 14-CV-0008-JHP-PJC (N.D. Okla. June 23, 2015); *Shelter Gen. Ins. Co. v. Earth Smart Constr., Inc.*, No. 14-CV-190-TCK-PJC (N.D. Okla. Jan. 7, 2015); *Unit Petroleum Co. v. Veitch*, 79 F. Supp. 3d 1234 (N.D. Okla. 2015); *Pinnacle Packaging Co. v. One Equity Partners LLC*, No. 12-CV-537-JED-TLW (N.D. Okla. Dec. 23, 2014); *Deere & Co. v. Cabelka*, No. CIV-13-0511-HE (W.D. Okla. Sep. 23, 2014); *Kiefner v. Sullivan*, No. 13-CV-714-TCK-FHM (N.D. Okla. May 27, 2014); *Unit Petroleum Co. v. Frost*, No. 11-CV-627-JED-FHM (N.D. Okla. Feb. 13, 2014); *Voorhis v. BOK Fin. Corp.*, No. 13-CV-197-CVE-TLW (N.D. Okla. Nov. 4, 2013); *State ex rel. Okla. Bar Ass'n v. Bailey*, 2023 OK 34 (Okla. 2023); *Pierson v. Joplin*, 2016 OK 40 (Okla. 2016); *Horton v. Hamilton*, 345 P.3d 357 (Okla. 2015); *Cnty. of L. A. Child Support Servs. Dep't v. Edward H.*, No. B308246 (Cal. Ct. App. Jan. 21, 2022); *Estrada v. Kriz*, 2015 OK Civ. App. 19 (Okla. Civ. App. 2015); *Estrada v. Kriz*, 345 P.3d 403 (Okla. Civ. App. 2015); entre muchos otros.

776 Siber (1914) menciona el concepto de "arglistiger Verschweigung" o "ocultamiento malicioso". Esto parece implicar que la representación errónea (*misrepresentation*)

> producción y los ingresos minerales acumulados al hacer las ofertas para comprar los intereses minerales.
>
> Lo que está en juego es la conclusión legal del tribunal de primera instancia extraída de los hechos indiscutibles de que el comprador de intereses minerales tenía el deber de revelar la producción a los propietarios de intereses minerales. *Mobil Oil Corporation v. Flag–Redfern Oil Co.*, 1973 OK CIV APP 5, 522 P.2d 651 (Aprobado para su publicación por la Corte Suprema).

d. *Witter v. Torbett*, 604 F. Supp. 298 (WD Virginia 1984)[777]

Este caso analiza el deber afirmativo de una parte de revelar hechos materiales a la otra parte en un contrato, incluso si la otra parte no solicita específicamente la información. Sin embargo, el caso no menciona específicamente la sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos, por lo que no está claro si el tribunal se basó en esa disposición.

> La ley de Nueva York ha reconocido desde hace mucho tiempo que una parte de un contrato puede tener el deber afirmativo de revelar hechos que la otra parte del contrato podría considerar importantes, incluso aunque dichos hechos no sean solicitados: hay, por supuesto, ocasiones en las que se convierte en deber legal del individuo ofrecer voluntariamente información sin que otro la haya solicitado,

---

puede ocurrir cuando una de las partes retiene intencionalmente información de la otra parte (p. 196).

777 Seguido por *Norfolk Southern Ry. Co. v. Emjay Envtl. Recycling, Ltd.*, 09-CV-1322 (TCP) (WDW) (E.D.N.Y. Mar. 19, 2012); *X-It Products v. Walter Kidde Portable Equipment.*, 227 F. Supp. 2d 494 (E.D. Va. 2002); *Chesapeake Supply Equip. v. J.I. Case*, 700 F. Supp. 1415 (E.D. Va. 1988); *Freedlander, Inc. v. NCNB National Bank of North Carolina*, 706 F. Supp. 1211 (E.D. Va. 1988); *Yale II Mining Associates v. Gilliam*, 586 F. Supp. 893 (W.D. Va. 1984).

> ocasiones en las que no declarar un hecho equivale a una ocultación fraudulenta y evita un contrato igualmente que una falsedad afirmativa. *Rothmiller v. Stein*, 143 NY 581, 590591, 38NE 718, 720 (1894).
>
> El tribunal opina que los cuatro directores, Witter, Crofton, Torbett y Ketron, estaban sujetos *inter sese* por los deberes y obligaciones de las personas que ocupan posiciones fiduciarias entre sí. Los cuatro directores asumieron el estatus fiduciario entre ellos mismos debido al hecho de que eran empresas conjuntas.
>
> La datación de transacciones corporativas por parte de Torbett, la falsificación de actas de reuniones ficticias y el abuso general de la estructura corporativa, dada la posición de Torbett como "insider" en ambas corporaciones, pusieron en serio peligro el valor de la contraprestación, es decir, las acciones de Americoal, que Witter y Crofton iban a recibir.

e. *Agrofresh Inc. v. Mirtech, Inc.*, 257 F. Supp. 3d 643 (D. Del. 2017)[778]

Este caso es importante porque analiza el deber de una parte de revelar información material en el contexto de una relación contractual.

> Una parte tiene la obligación de revelar 'información que, si no se divulga, provocará que sus declaraciones parciales de

778 Citado por *Norfolk Southern Ry. Co. v. Emjay Envtl. Recycling, Ltd.*, 09-CV-1322 (TCP) (WDW) (E.D.N.Y. Mar. 19, 2012); *X-It Products v. Walter Kidde Portable Equipment.*, 227 F. Supp. 2d 494 (E.D. Va. 2002); *Chesapeake Supply Equip. v. J.I. Case*, 700 F. Supp. 1415 (E.D. Va. 1988); *Freedlander, Inc. v. NCNB National Bank of North Carolina*, 706 F. Supp. 1211 (E.D. Va. 1988); *Yale II Mining Associates v. Gilliam*, 586 F. Supp. 893 (W.D. Va. 1984).

> hechos sean engañosas'. *In re Student Fin. Corp*., 2004 WL 609329, en *5 (D. Del.):
>
> El Dr. Mir reveló sólo las patentes que tenían poco valor comercial, ocultando la tecnología MOF a la que atribuyó $100 millones en valor EBITDA. (PTX 143) El Dr. Mir también tergiversó sus intenciones existentes. Le dijo a AgroFresh en octubre de 2015 que estaba 'comprometido con el éxito de RipeLock y haré todo lo que esté a mi alcance para respaldar su éxito.' (PTX 113) Sin embargo, apenas un mes antes, el Dr. Mir había discutido con Decco su plan para 'avisar [a AgroFresh] que no apoyará a [AgroFresh] como consultor y que desarrollará un nuevo negocio 1-MCP con Decco". (PTX 76; PTX 77). Por lo tanto, el Dr. Mir tenía la intención existente de rescindir sus acuerdos con AgroFresh prematuramente al mismo tiempo que afirmaba su 'compromiso' con AgroFresh para conseguir la Tercera Ampliación.

Zettler testificó que no habría firmado la Tercera Prórroga si hubiera conocido estos hechos. (DI 94 en 229-231) El Dr. Mir tenía el deber de revelar estos hechos materiales en virtud de sus Acuerdos con AgroFresh y su relación especial con AgroFresh.

f. *Hudson v. Cobbs*, 118 Idaho 474 (Idaho 1990)[779]

El caso analiza el deber de revelar hechos materiales en el contexto de un contrato, donde la Corte sostuvo:

779 Seguido por *Teply v. Lincoln*, 125 Idaho 773 (Idaho Ct. App. 1994); *Bishop v. Owens*, 272 P.3d 1247 (Idaho 2012); *Bishop v. Owens*, No. 37992 (Idaho Jan. 12, 2012); *Bates v. Seldin*, 146 Idaho 772 (Idaho 2009); *Karlson v. Harris*, 140 Idaho 561 (Idaho 2004); *Bott v. Idaho State Building Authority*, 128 Idaho 580 (Idaho 1996); *Duffin v. Idaho Crop Improvement Ass'n*, 126 Idaho 1002 (Idaho 1995); *MWI Veterinary Supply Co. v. Wotton*, No. 1:12-cv-00055-BLW (D. Idaho July 3, 2012); *Path to Health, LLP v. Long*, 161 Idaho 50 (Idaho 2016); *Berkshire Investments, LLC v. Taylor*, 153 Idaho 73 (Idaho

> No revelaron la falsedad de estas declaraciones. Además, la conducta de Cobbs y Kennevick implica negligencia activa o malversación.
>
> Restatement of Torts, 2d, § 551(1), tal como fue adoptado por este Tribunal en *Tusch Enterprises v. Coffin*, supra, y *Bethlahmy v. Bechtel*, supra. Sin embargo, por alguna razón inexplicable, este Tribunal ni siquiera discutió en su opinión actual los deberes definidos por los torts de fraude constructivo y no divulgación negligente.
>
> Esta falta de divulgación, en combinación con la afirmación del acusado de que la casa sería un hogar de calidad, violó los deberes definidos por el *common law* de fraude constructivo y no divulgación negligente.

g. *Navigant Consulting v. Wilkinson*, 508 F.3d 277 (5th Cir. 2007)[780]

Este caso analiza el deber de un empleado de revelar información importante a su empleador, que es análogo al deber de revelar

---

2012); *Coombs v. Curnow*, 148 Idaho 129 (Idaho 2009); *Vanderford v. Knudson*, 144 Idaho 547 (Idaho 2007); *Horner v. Sani-Top, Inc.*, 143 Idaho 230 (Idaho 2006); *Horner v. Sani-Top, Inc.*, No. 31588 (Idaho June 5, 2006); *Gillingham Const. v. Newby-Wiggins*, 142 Idaho 15 (Idaho 2005); *Sumpter v. Holland Realty, Inc.*, 140 Idaho 349 (Idaho 2004); *Hunter v. State*, 138 Idaho 44 (Idaho 2002); *Feld v. Idaho Crop Improvement Ass'n*, 126 Idaho 1014 (Idaho 1995); *Idaho First Nat. Bk. v. Bliss Valley Foods*, 121 Idaho 266 (Idaho 1992); *Toews v. Funk*, 129 Idaho 316 (Idaho Ct. App. 1994); *Wing v. Munns*, 123 Idaho 493 (Idaho Ct. App. 1992).

780 Seguido por *UTSA Apartments, L.L.C. v. UTSA Apartments 8, L.L.C. (In re UTSA Apartments 8, L.L.C.)*, 886 F.3d 473 (5th Cir. 2018); *McGowan & Co. v. Bogan*, 93 F. Supp. 3d 624 (S.D. Tex. 2015); *Belliveau v. Barco, Inc.*, 987 F.3d 122 (5th Cir. 2021); *Eagle Suspensions, Inc. v. Hellmann Worldwide Logistics, Inc.*, 571 F. App'x 281 (5th Cir. 2014); *Oracle Elevator Holdco, Inc. v. Exodus Sols.*, Civil Action 4:19-CV-4658 (S.D. Tex. Sep. 8, 2021); *Halprin v. Fed. Deposit Ins. Corp.*, 5:13-CV-1042-RP (W.D. Tex. Aug. 7, 2020); *Halprin v. Fed. Deposit Ins. Corp.*, 5:13-CV-1042-RP (W.D. Tex. Jan. 24, 2020); *Thomas v. Hughes*, 27 F.4th 995 (5th Cir. 2022); *Ray v. Lynass*, 1:21-cv-0020-DH (W.D. Tex. Nov. 2, 2023); *Zodiac 21, Inc. v. Oyo Hotels, Inc.*, CIVIL ACTION 20-63-SDD-RLB (M.D. La. Nov. 3, 2020); *Pfeiffer v. Ajamie PLLC*, 469 F. Supp. 3d 752 (S.D. Tex. 2019); *Roberts v.*

según la Sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos: "El empleado tiene el deber de tratar abiertamente con el empleador y revelarle completamente información sobre asuntos que afectan el negocio de la empresa. (citando *Bray v. Squire*s, 702 SW2d 266, 270 (Tex.App. -Houston [1er Distrito] 1985, sin orden judicial))".

3.4. Casos del Segundo Restatement de Torts § 551(1)

Bajo este epígrafe veremos los casos que se sustentan sobre la base de la sección 551(1) antes vista. En efecto, el Segundo Restatement de Torts § 551[781] expresa:

551. Omisión de revelar información

Overby-Seawell Co., Civil Action No. 3:15-CV-1217-L (N.D. Tex. Mar. 23, 2018); *Hamdan v. Tiger Bros. Food Mart Inc.*, CIVIL ACTION No. 15-412-BAJ-EWD (M.D. La. July 14, 2017); *Symetra Life Ins. Co. v. Rapid Settlements, Ltd.*, CIVIL ACTION No. H-05-3167 (S.D. Tex. Nov. 21, 2012); *Alliantgroup, L.P. v. Feingold*, 803 F. Supp. 2d 610 (S.D. Tex. 2011); *Rimkus Consulting Group, Inc. v. Cammarata*, 688 F. Supp. 2d 598 (S.D. Tex. 2010); *Transverse, L.L.C. v. Iowa Wireless Servs.*, 992 F.3d 336 (5th Cir. 2021); *Merritt Hawkins & Assocs., L.L.C. v. Gresham*, 861 F.3d 143 (5th Cir. 2017); *Jacked Up, L. L.C. v. Sara Lee Corp.*, 854 F.3d 797 (5th Cir. 2017); *Painter v. Suire*, 650 F. App'x 219 (5th Cir. 2016); *In re Fitzgerald Marine Repair, Inc.*, 619 F.3d 851 (8th Cir. 2010); *Meaux Surface Protection, Inc. v. Fogleman*, 607 F.3d 161 (5th Cir. 2010); *Ray Mart v. Stock Bldg. Supply of Texas*, 302 F. App'x 232 (5th Cir. 2008); *U.S. S.E.C. v. Snyder*, 292 F. App'x 391 (5th Cir. 2008); *BarZ Adventures Inc. v. Patrick*, Civil Action 4:20-CV-299 (E.D. Tex. Mar. 13, 2023); *Jiaxing Super Lighting Elec. Appliance, Co. v. CH Lighting Tech. Co.*, 6:20-CV-00018-ADA (W.D. Tex. Mar. 8, 2023); *Drywall Elements, LLC v. Edward Wolff & Assocs.*, Civil Action 4:21-CV-00537-CAN (E.D. Tex. Sep. 30, 2022); *The CJS Sols. Grp. v. Clowers*, 1:21-CV-223-RP (W.D. Tex. Mar. 14, 2022); *R.P. Small Corp. v. Land Dep't*, 505 F. Supp. 3d 681 (S.D. Tex. 2020); *S-3 Pump Serv. v. First Nat'l Capital, LLC*, CIVIL ACTION No. 18-0450 (W.D. La. May 14, 2020); *Hanover Ins. Co. v. Oryx Oilfield Holdings*, No. 4:18-CV-832-A (N.D. Tex. Nov. 22, 2019); *Windsor v. Olson*, Civil Action No. 3:16-CV-934-L (N.D. Tex. May 10, 2019); *Rodriguez v. Wells Fargo Bank*, N.A., CIVIL ACTION No. 7:18-CV-109 (S.D. Tex. Feb. 11, 2019); *Aramark Unif. & Career Apparel, LLC v. Hernandez*, No. 7:16-CV-336-BR (E.D.N.C. Sep. 26, 2018); *Higher Perpetual Energy, LLC v. Higher Power Energy, LLC*, Civil Action No. 4:17-CV-00414 (E.D. Tex. June 18, 2018); *Erfindergemeinschaft UroPep GbR v. Eli Lilly & Co.*, 276 F. Supp. 3d 629 (E.D. Tex. 2017); *Alexander O&G, LLC v. Nomad Land & Energy Res.*, LLC, CIVIL ACTION H-16-2965 (S.D. Tex. Aug. 16, 2017); entre muchos otros.

781 Second Restatement of Torts (SRT), Sección 551. 1965-1979. (EE.UU.)

> (1) Una persona que omite revelar a otra persona una información que ella sabe debería saber que es material para el otro y que el otro no tiene conocimiento razonable y no le sería razonable obtener por otro medio, comete una acción de negligencia si la omisión causa daño al otro.

En general, los casos que mencionan el Segundo Restatement de Torts § 551(1) en el contexto de una parte que no reveló información generalmente fallan a favor del demandante cuando el demandado tenía el deber de revelar la información y el demandante resultó perjudicado como tal.

a. *Outlook Windows Partnership v. York International Corp.*, 112 F. Supp. 2d 877 (D. Nebraska 2000)[782]

Este caso es relevante porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) en el contexto de una parte que no reveló información. El tribunal falló a favor del demandante sobre las reclamaciones por *misrepresentation* fraudulenta y *misrepresentation* negligente contra uno de los demandados, pero desestimó las reclamaciones contra el otro demandado. Veamos la parte pertinente:

782 Seguido por *QA3 Fin. Corp. v. Fin. Network Inv. Corp.*, 8:12CV5 (D. Neb. Mar. 19, 2013); *Sherman V. Shangli Jin Xin Export Fireworks Factory*, 485 F. Supp. 2d 1070 (D. Neb. 2007); *Accurate Communications, LLC v. Startel Corp.*, 4:05CV3286 (D. Neb. Feb. 28, 2006); *Jones v. Willis Shaw Express, Inc.*, 8:04CV271 (D. Neb. Feb. 28, 2006); *Hunter v. Whisler Aviation, Inc.*, 8:19-CV-339 (D. Neb. Dec. 27, 2019); *Cocke v. Whisler Aviation, Inc.*, 8:19-CV-335 (D. Neb. Dec. 27, 2019); *In re Rust-Oleum Restore Mktg.*, 155 F. Supp. 3d 772 (N.D. Ill. 2016); *Tamayo v. CGS Tires US, Inc.*, No. 8:11CV61 (D. Neb. June 12, 2012); *Tierone Bank v. U.S. Money Source, Inc.*, 4:06CV3135 (D. Neb. Oct. 3, 2007); *Dahlgren v. First National Bank of Holdrege*, 4:05CV15 (D. Neb. July 5, 2006); *Johnson v. Kansas City Life Insurance Company*, No. 4:05CV3280 (D. Neb. Feb. 10, 2006); entre otros.

Un reclamo basado en la falta de divulgación de información se rige en cambio por la Restatement de torts (segundo) § 551 (1997).

Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia la otra parte de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. (2) Una de las partes en una transacción comercial tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para revelar al otro antes de que se consuma la transacción, (a) asuntos que conoce y que el otro tiene derecho a saber debido a una relación fiduciaria u otra relación similar de confianza entre ellos; y (b) asuntos que conoce y que sabe que son necesarios para evitar que su declaración parcial o ambigua[783] de los hechos sea engañosa; y (c) adquirió posteriormente información que sabe que hará falsa o engañosa una representación anterior que cuando se hizo era verdadera o se creía que lo era; y (d) la falsedad de una representación que no se hizo con la expectativa de que se actuaría sobre ella, si posteriormente se entera de que el otro está a punto de actuar basándose en ella en una transacción con él; y (e) hechos básicos de la transacción, si sabe que el otro está por celebrarla bajo error en cuanto a ellos, y que el otro, por razón de la relación entre ellos, las costumbres

783 Domat aborda las consecuencias en caso de ambigüedad u oscuridad. Además, discute la responsabilidad del vendedor si vende una cosa por otra, o una cosa vieja por una nueva, ya sea que fueran ignorantes del defecto o conscientes de ello. (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little y James Brown, p. 241).

del comercio u otras circunstancias objetivas, esperaría razonablemente una divulgación de esos hechos.

b. S *Development Co. V. Pima Capital Management Co.*, 201 Ariz. 10 (Ariz. Ct. App. 2001)[784]

Este caso es relevante para la nuestra investigación porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) y analiza el deber de revelar información en una transacción

784 Seguido por *Bennett v. Pima Cnty. Cmty. Coll. Dist.*, No. 2 CA-CV 2016-0019 (Ariz. Ct. App. Oct. 28, 2016); *Burton v. Lawley Auto Sales, L.L.C.*, 2 CA-CV 2012-0169 (Ariz. Ct. App. July 19, 2013); *Dawson v. Withycombe*, 216 Ariz. 84 (Ariz. Ct. App. 2007); *Dawson v. Withycombe*, 215 Ariz. 399 (Ariz. Ct. App. 2007); *Lerner v. DMB Realty, LLC*, 322 P.3d 909 (Ariz. Ct. App. 2014); *Gonzalez v. Roney*, No. 1 CA-CV 20-0258 (Ariz. Ct. App. Dec. 17, 2020); *Lakosky v. Solar Store, LLC*, No. 2 CA-CV 2016-0216 (Ariz. Ct. App. Oct. 16, 2017); *Beckett v. Sonoran Spine Ctr.*, P.C., No. 1 CA-CV 14-0041 (Ariz. Ct. App. June 2, 2015); *Casanova v. Nims*, No. 1 CA-CV 11-0623 (Ariz. Ct. App. Oct. 30, 2012); *Karla P. v. Ariz. Dep't of Econ. Sec.*, 1 CA-JV 12-0057 (Ariz. Ct. App. Sep. 6, 2012); *City of Phoenix v. Vanyo*, No. 1 CA-CV 11-0296 (Ariz. Ct. App. Apr. 24, 2012); *D'Amico v. Structural I Co.*, 274 P.3d 532 (Ariz. Ct. App. 2012); *Wenzel v. Gray*, 1 CA-CV 10-0338 (Ariz. Ct. App. Oct. 4, 2011); *A Tumbling-T v. Flood Dist. of Maricopa*, 222 Ariz. 515 (Ariz. Ct. App. 2009); *Security Title v. Pope*, 219 Ariz. 480 (Ariz. Ct. App. 2009); *Kay S. v. Mark S*, 213 Ariz. 373 (Ariz. Ct. App. 2006); *Lopez v. Safeway Stores, Inc.*, 212 Ariz. 198 (Ariz. Ct. App. 2006); *Maycock v. Asilomar Development, Inc.*, 207 Ariz. 495 (Ariz. Ct. App. 2004); *Lrep Ariz. LLC v. 597 Broadway Realty LP*, No. 20-15589 (9th Cir. May 7, 2021); *D Stadtler Tr. 2015 Tr. v. Gorrie*, No. CV-22-00314-PHX-DWL (D. Ariz. Mar. 13, 2023); *Rindlisbacher v. Steinway & Sons Inc.*, 497 F. Supp. 3d 479 (D. Ariz. 2020); *Automotive Holdings, L.L.C. v. Phoenix Corners Portfolio*, No. CV-09-01843-PHX-JAT-PHX-JAT (D. Ariz. May 4, 2010); *Bridgwater Apartments, LLC v. 6401 South Boston Street, Inc.*, Civil No. 05-cv-02021-REB-PAC (D. Colo. Feb. 7, 2006); *Aspen Biotech Corp. v. Wakefield*, 1 CA-CV 20-0384 (Ariz. Ct. App. Aug. 10, 2021); *Dream Games of Ariz. Inc. v. Tarp Holdings*, No. 1 CA-CV 19-0789 (Ariz. Ct. App. May 13, 2021); *Synergy Logistics Co. v. Singh*, No. 1 CA-CV 20-0286 (Ariz. Ct. App. Apr. 27, 2021); *Sanders v. Harris*, No. 1 CA-CV 19-0835 (Ariz. Ct. App. Jan. 28, 2021); *White v. 1ST Choice Surfaces LLC*, No. 1 CA-CV 19-0206 (Ariz. Ct. App. Apr. 23, 2020); *Rico v. Corr. Corp. of Am.*, No. 2 CA-CV 2017-0181 (Ariz. Ct. App. Oct. 31, 2019); *Ariz. Hydro Pro Carpet Cleaning, LLC v. Lakridis*, No. 1 CA-CV 18-0176 (Ariz. Ct. App. June 11, 2019); *Atkins v. Snell & Wilmer LLP*, No. 1 CA-CV 17-0519 (Ariz. Ct. App. Oct. 16, 2018); *Beckman v. Wells Fargo Bank, N.A.*, A15-1819 (Minn. Ct. App. Oct. 3, 2016); *Calcagno v. Ainbinder*, No. 1 CA-CV 14-0623 FC (Ariz. Ct. App. June 14, 2016); *Napcor Corp. v. JP Morgan Chase Bank, NA*, 406 Ill. App. 3d 146 (Ill. App. Ct. 2010); entre otros.

comercial. El tribunal falló a favor del demandante, quien alegó que el demandado no reveló un defecto en la propiedad.

> Los apelados dedican gran parte de su escrito a refutar el argumento de los apelantes de que las cláusulas 'tal cual" en los contratos de compra los eximen de responsabilidad extracontractual por no divulgación.
>
> Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo[785] justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia el otro de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. Segundo Restatement de Torts § 551(1).

c. *In re Russell*, 203 BR 303 (Bankr. SD Cal. 1996)[786]

Este caso es relevante para la nuestra investigación porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1)

785 Leonhard (1896) menciona que un vendedor es responsable por *misrepresentation* si de manera negligente crea o mantiene un error acerca de la calidad del producto que se vende (p. 59).

786 Seguido por *Espy v. Stevens* (*In re Stevens*), No. 21-50219-SCS (Bankr. E.D. Va. Oct. 25, 2022); *Commercial Cash Flow, L.L.C. v. Matkins* (*In re Matkins*), 605 B.R. 62 (Bankr. E.D. Va. 2019); *Gemcap Lending I, LLC v. Bateman* (*In re Naturescape Holding Grp. Int'l, Inc.*), No. 16-00984 (Bankr. D. Haw. Oct. 2, 2018); *Plys v. Ang* (*In re Ang*), 589 B.R. 165 (Bankr. S.D. Cal. 2018); *Daniel v. Del Valle* (*In re Del Valle*), 577 B.R. 789 (Bankr. C.D. Cal. 2017); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Rodriguez* (*In re Rodriguez*), 568 B.R. 328 (Bankr. S.D. Cal. 2017); *Thomas v. Kenmark Ventures, LLC* (*In re Thomas*), BAP No. NV-16-1058-KuLJu (B.A.P. 9th Cir. Mar. 28, 2017); *Bestek Eng'g, Inc. v. Malyzsek* (*In re Malyzsek*), Case No.: 6:13-bk-10486-MH (Bankr. C.D. Cal. Jan. 12, 2017); *Takazawa v. Higashi* (*In re Higashi*), 553 B.R. 153 (Bankr. D. Haw. 2016); *Smith v. Davenport* (*In re Davenport*), 491 B.R. 911 (Bankr. W.D. Mo. 2013); *In Matter of Karpo*, No. 09-38892/JHW, Adv. No. 10-1132 (Bankr. D.N.J. July 22, 2011); *In re Pollace*, No. 08-10483, A.P. No. 08-1073 (Bankr. N.D. Cal. Feb. 19, 2009); *In re Hathaway*, 364 B.R. 220 (Bankr. E.D. Va. 2007); *In re Robinson*, 340 B.R. 316 (Bankr. E.D. Va. 2006); *In re Bowden*,

y analiza el deber de una parte de revelar información material. El tribunal falló a favor del demandante y consideró que el hecho de que el demandado no revelara información constituía un fraude real.

> Tal determinación es una cuestión de ley federal, no estatal, y los tribunales deben interpretar estos elementos de manera consistente con la definición del *common law* del término fraude real, como se establece en Segundo Restatement de Torts (1976) §§ 525-557A. Kirsh, 973 F.2d en 1457; *Field v. Mans*, US, 116 S.Ct. 437, 443-444, 133 L.Ed.2d 351 (1995).
>
> En Apte, supra, el Tribunal sostuvo que 'la no divulgación de un hecho material frente al deber de revelar establece el requisito de confianza para el fraude real según el Código de Quiebras. Apte, 96 F.3d en 1323. Destilando los estándares de § 551 del Segundo Restatement de Torts (1976), el Tribunal amplió su decisión explicando que una parte en una transacción tiene el deber de revelar un hecho material oculto cuando la otra parte no tiene sospecha de su existencia ni oportunidad de revelarlo y descubrirlo. Un hecho material es aquel que un comprador razonable podría haber considerado "importante en la toma de la decisión" de comprar. Id. en 1323; ver también, *Candland v. Ins. Co. of North America* (*In re Candland*), 90 F.3d 1466,

326 B.R. 62 (Bankr. E.D. Va. 2005); *In re Miller*, 310 B.R. 185 (Bankr. C.D. Cal. 2004); *In re Brown*, No. 02-02894-CH, Adv. No. 02-20122 (Bankr. S.D. Iowa Jan. 7, 2004); *In re Slaughter*, No. 02-21870; Adv. Pro. No. 02-2061 (Bankr. E.D. Tenn. July 30, 2003); *In re Finch*, 289 B.R. 638 (Bankr. S.D. Ohio 2003); *In re Mansel*, Bankruptcy No. 98 B 30062, Chapter 7, Adversary No. 99 A 517 (Bankr. N.D. Ill. July 19, 2001); *In re Deschaine*, C/A No. 00-07620-W, Adv. Pro. No. 00-80253-W (Bankr. D.S.C. May 7, 2001); *In re Abrams*, 229 B.R. 784 (B.A.P. 9th Cir. 1999); *In re Shahan*, No. 95-11945, Adversary Proceeding No. 95-1140 (Bankr. E.D. Tenn. Oct. 16, 1997); IN RE NAFF, No. 96-21436-SCS, Adversary Proceeding No. 96-2112-S (Bankr. E.D. Va. July 18, 1997); *In re Hassanally*, 208 B.R. 46 (B.A.P. 9th Cir. 1997); entre otros.

1470 (9th Cir. 1996) (a los efectos del § 523(a)(2)(B), un hecho material es aquel que, si se revelara, "en general afectaría decisión del prestamista o del garante").

d. *Vikse v. Flaby*, 316 NW2d 276 (Minnesota, 1982)[787]

Este caso es relevante para la nuestra investigación porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) y analiza la falta de divulgación de información por parte del acusado. El tribunal falló a favor del demandante y consideró que el demandado cometió fraude.

---

787 Seguido por *Beltz v. Schwartz*, No. C6-99-713 (Minn. Ct. App. Nov. 23, 1999); *Kraus-Anderson Capital, Inc. v. Alamo Medical Supply & Equipment, Inc.*, No. B222739 (Cal. Ct. App. Aug. 29, 2011); *V.H. v. Estate of Birnbaum*, 543 N.W.2d 649 (Minn. 1996); *National City Bank of Minneapolis v. Ceresota Mill Ltd. Partnership*, 488 N.W.2d 248 (Minn. 1992); *Rostad v. On-Deck, Inc.*, 372 N.W.2d 717 (Minn. 1985); *Edstrom v. Commissioner of Public Safety*, No. A10-506 (Minn. Ct. App. Feb. 1, 2011); *In re Marriage of Bender v. Bernhard*, No. A05-1545 (Minn. Ct. App. June 20, 2006); *Walker Management Inc. v. FHC Enterprises, Inc.*, 446 N.W.2d 913 (Minn. Ct. App. 1989); *NFD, Inc. v. Stratford Leasing Co.*, 433 N.W.2d 905 (Minn. Ct. App. 1989); *Noble Systems Corp. v. Alorica Central, LLC*, 543 F.3d 978 (8th Cir. 2008); *Syverson v. Firepond, Inc.*, 383 F.3d 745 (8th Cir. 2004); *Hernandez v. Ecolab, Inc.*, 20-cv-1806 (SRN/ECW) (D. Minn. June 13, 2023); *In re Toyota RAV4 Hybrid Fuel Tank Litig.*, 20-cv-00337-EMC (N.D. Cal. Dec. 10, 2021); *Orthoaccel Techs., Inc. v. Devicix, LLC*, Civil No. 15-1503 (DWF/TNL) (D. Minn. July 29, 2015); *Corporate Comm'n of the Mille Lacs Band of Ojibwe Indians v. Money Centers of Am., Inc.*, Civ. No. 12-1015 (RHK/LIB) (D. Minn. Nov. 7, 2012); *Louis v. Hulsey*, Civil File No. 12-821 (MJD/FLN) (D. Minn. Sep. 28, 2012); *Trooien v. Mansour*, Civil No. 06-3197 (JRT/FLN) (D. Minn. July 25, 2012); *Liimatta v. V H Truck, Inc.*, Civ. No. 03-5112 (JNE/RLE) (D. Minn. Aug. 30, 2005); *Stephenson v. Deutsche Bank AG*, Civ. Nos. 02-4845, 02-3682, 02-3711(RHK/AJB) (D. Minn. Sep. 8, 2003); *In re Vitamins Antitrust Litigation*, 270 F. Supp. 2d 15 (D.D.C. 2003); *Source One Enterprises, L.L.C. v. CDC Acquisition Corp.*, Civ. File No. 02-4925 (PAM/RLE) (D. Minn. May 29, 2003); *Dr. Performance of Minnesota v. Dr. Performance Management*, Civil No. 01-1524(DSD/SRN) (D. Minn. Nov. 12, 2002); *In re Vitamins Antitrust Litigation*, Misc. No. 99-197 (TFH), MDL No. 1285 (D.D.C. Oct. 30, 2001); *Hollingsworth v. Iwerks Entertainment, Inc.*, 947 F. Supp. 473 (M.D. Fla. 1996); *Stainbrook v. Kent*, 771 F. Supp. 988 (D. Minn. 1991); *Bielicki v. Empire Stevedoring Co., Ltd.*, 741 F. Supp. 758 (D. Minn. 1990); *Tonka Corp. v. TMS Entertainment, Inc.*, 638 F. Supp. 386 (D. Minn. 1985); *Boubelik v. Liberty State Bank*, 553 N.W.2d 393 (Minn. 1996); *200 Levee Drive Ass'n v. Scott County*, 532 N.W.2d 574 (Minn. 1995); *State v. Zimmer*, 487 N.W.2d 886 (Minn. 1992); *Schweich v. Ziegler, Inc.*, 463 N.W.2d 722 (Minn. 1991); entre otros.

> Los demandados en el juicio presentaron evidencia de las siguientes omisiones[788] materiales: La regla general respecto de la responsabilidad por no divulgación está contenida en Restatement (Second) of Torts § 551 (1977). (1) Thunderbird Valley había aprendido en mayo de 1972 que el SEC estaba desafiando su capacidad de financiación mediante el uso de pagarés e hipotecas. (2) La empresa se enteró en octubre de 1972 de que la SEC iba a iniciar un litigio en Dakota del Sur y, de hecho, inició dicho litigio el 16 de noviembre de 1972.

e. *SE Prop. Holdings v. Stewart (In re Stewart)*, No. 15-12215-JDL (Bankr. WD Okla. 3 de agosto de 2022)

Este caso es relevante porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) en el contexto de una parte que no reveló información. El tribunal falló a favor del demandante en esta cuestión, desestimando la moción del demandado de sentencia sumaria:

> Además, las falsas pretensiones utilizadas en § 523(a)(2)(A) incluyen omisiones materiales y significan '*misrepresentaciones* implícitas o conductas destinadas a crear y fomentar una impresión falsa'. No se requiere una *misrepresentation* manifiesta, porque "las omisiones o la falta de divulgación por parte del deudor pueden constituir *misrepresentaciones* a los efectos de la no divulgación cuando las circunstancias del caso son tales que las omisiones o la falta de divulgación crean una impresión falsa

788 Leonhard (1896) aborda el desarrollo de la responsabilidad del vendedor por misrepresentaciones y omisiones. Específicamente, discute las diferentes teorías sobre cuándo una promesa informal del vendedor se convierte en vinculante (p. 24).

que es conocida por el deudor.". Los tribunales examinan el *Segundo Restatement de Torts* § 551(1) y (2) para determinar si una parte tiene el deber de revelar: la Sección 551(1) establece: (1) Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto en el que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia el otro de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. Véase *In re Rumsey Land Co.*, LLC, 944 F.3d 1259, 1272 (10th Cir. 2019); *Level 3 Communications, LLC v. Liebert Corp.*, 535 F.3d 1146, 1163-64 (10th Cir. 2008).

f. *Wright v. Brooke Group Ltd.*, 652 NW2d 159 (Iowa 2002)[789]

Este caso es relevante porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(2)(b) y § 551(2)(c) en el contexto

789 Seguido por *Scott v. Dutton-Lainson Co.*, 774 N.W.2d 501 (Iowa 2009); *Nationwide Agribusiness Ins. Co. v. Sma Elevator Constr. Inc.*, 816 F. Supp. 2d 631 (N.D. Iowa 2011); *Mauer v. ICON Health & Fitness, Inc.*, No. C18-2009-LTS (N.D. Iowa Mar. 4, 2020); *Sec. Nat'l Bank of Sioux City v. Abbott Laboratories*, No. 11-CV-4017-DEO (N.D. Iowa Feb. 1, 2012); *Daughetee v. Chr. Hansen, Inc.*, 960 F. Supp. 2d 849 (N.D. Iowa 2013); *Estate of Thompson v. Kawasaki Heavy Indus.*, Ltd., 922 F. Supp. 2d 780 (N.D. Iowa 2013); *Conveyor Company v. Sunsource Technology Services Inc.*, 398 F. Supp. 2d 992 (N.D. Iowa 2005); *Advance Brands, LLC v. Alkar-Rapidpak, Inc.*, No. 08-CV-4057-LRR (N.D. Iowa May 10, 2011); *McLeodusa Telecommunications Services v. Qwest Corp.*, 469 F. Supp. 2d 677 (N.D. Iowa 2007); *Johnson v. Harley-Davidson Motor Co.*, No. 3-949 / 03-0444 (Iowa Ct. App. Feb. 27, 2004); *Nicholson v. Biomet, Inc.*, No. 21-2263 (8th Cir. Aug. 24, 2022); *Rembrandt Enters. v. Tecno Poultry Equip.*, SpA, 21-CV-4007 CJW-KEM (N.D. Iowa Nov. 8, 2022); *Kelly v. Ethicon*, Inc., No. 20-CV-2036-CJW-MAR (N.D. Iowa Oct. 16, 2020); *Gilliland v. Novartis Pharm. Corp.*, 34 F. Supp. 3d 960 (S.D. Iowa 2014); *Rock v. Smith*, 985 F. Supp. 2d 1066 (S.D. Iowa 2013); *Small v. McCrystal*, No. 10-CV-04088-DEO (N.D. Iowa Apr. 4, 2012); *Benedict v. Zimmer, Inc.*, 405 F. Supp. 2d 1026 (N.D. Iowa 2005); *PFS Distribution Co. v. Raduechel*, 574 F.3d 580 (8th Cir. 2009); *Depositors v. Wal-Mart*, 506 F.3d 1092 (8th Cir. 2007); *Adrian Trucking, Inc. v. Navistar, Inc.*, 609 F. Supp. 3d 728 (N.D. Iowa 2022); *Kruse v. Repp*, 611 F. Supp. 3d 666 (S.D. Iowa 2020); *Zurbriggen v. Twin Hill Acquisition Co.*, 338 F. Supp. 3d

del deber del fabricante de revelar información importante a un consumidor. Aunque el caso no menciona específicamente el artículo 551(1), analiza el deber general de revelar información según el artículo 551(2), que es similar. El caso también falla a favor del demandante en este tema.

Esta posición está de acuerdo con el Segundo Restatement de Torts, que establece: Una parte en una transacción comercial tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para revelar a la otra antes de que se consuma la transacción. (b) asuntos conocidos por él que sabe que es necesario para evitar que su declaración parcial o ambigua de los hechos sea engañosa. Segundo Restatement de Torts § 551(2)(b).

g. *Sung v. Hamilton*, 710 F. Supp. 2d 1036 (D. Haw. 2010)[790]

Según la ley de Hawái, la responsabilidad por no divulgación fraudulenta se rige por el Segundo Restatement de Torts § 551:

---

875 (N.D. Ill. 2018); *Klingenberg v. Vulcan Ladder* USA, LLC, No. 15-CV-4012-KEM (N.D. Iowa Mar. 9, 2018); *Specht v. Kubota Tractor Corp.*, No. 16-CV-1012-LRR (N.D. Iowa June 6, 2017); *Boddicker v. American Honda Motor Co., Inc.*, No. C10-1018 (N.D. Iowa Oct. 25, 2011); *Cummings v. Deere Company*, 589 F. Supp. 2d 1108 (S.D. Iowa 2008); *Housley v. Orteck International, Inc.*, 488 F. Supp. 2d 819 (S.D. Iowa 2007); *Wurster v. Plastics Grp., Inc.*, 917 F.3d 608 (8th Cir. 2019); Lakeside Feeders, Inc. v. Producers Livestock Mktg. Ass'n, 666 F.3d 1099 (8th Cir. 2012); *Lakeside Feeders, Inc. v. Producers Livestock Mktg. Ass'n*, 666 F.3d 1099 (8th Cir. 2012); *Doe v. Baxter Healthcare Corporation*, 380 F.3d 399 (8th Cir. 2004); *Dumler v. Wright Med. Tech., Inc.*, No. C17-2033-LTS (N.D. Iowa Jan. 26, 2018); *Merfeld v. Dometic Corp.*, 306 F. Supp. 3d 1070 (N.D. Iowa 2018); *Merfeld v. Dometic Corp.*, No. C16-2096-LTS (N.D. Iowa Jan. 25, 2018); *Parks v. Ariens Co.*, No. C14-4005-MWB (N.D. Iowa June 30, 2015); *Mt. Carmel Mut. Ins. Ass'n v. CNH Am., LLC*, No. 12-CV-4112-DEO (N.D. Iowa Mar. 20, 2015); entre otros.

790 Seguido por *Pacific Stock, Inc. v. Pearson Educ. Inc.*, CIVIL No. 11-00423 SOM/BMK (D. Haw. Jan. 11, 2012); *Zyda v. Four Seasons Hotels & Resorts*, CIV. No. 16-00591 LEK-RT (D. Haw. June 24, 2019); *Sunday's Child, LLC v. Irongate Azrep BW LLC*, CIVIL No. 13-00502 DKW-RLP (D. Haw. Feb. 10, 2017); *Pac. Stock, Inc. v. Pearson Educ., Inc.*, 927 F. Supp. 2d 991 (D. Haw. 2013); *Paik-Apau v. Deutsche Bank Nat'l Trust Co.*, CIVIL. No. 10-00699 SOM/RLP (D. Haw. Jan. 31, 2012); *SSFM Int'l v. HNTB Corp.*, Civil 23-cv-00279-DKW-WRP (D. Haw. Sep. 15, 2023); *Romspen Inv. Corp. v. JPL Haw., LLC*, 20-cv-00345 HG-RT (D. Haw. Apr. 14, 2022); *Cohen v. Subaru of Am., Inc.*, 1:20-cv-08442-JHR-AMD (D.N.J. Mar. 10, 2022); *JTH Tax LLC v. D'Souza*, Civil

> Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro como que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia el otro de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. Id. Además, aunque no ha sido citado por ningún tribunal hawaiano para la proposición, Segundo Restatement de Torts § 550 establece que una parte de una transacción que mediante ocultamiento u otra acción impide intencionalmente a la

---

20-00087 JAO-KJM (D. Haw. Sep. 24, 2021); *Chavez v. Deutsche Bank*, CIV. No. 17-00446 LEK-RT (D. Haw. Nov. 30, 2020); *Greys Ave. Partners v. Theyers*, 484 F. Supp. 3d 895 (D. Haw. 2020); *Reyna v. PNC Bank*, CIV. No. 19-00248 LEK-RT (D. Haw. May 8, 2020); *Mikkelsen v. Hank C.K. Wuh*, Civ. No. 19-00533 JMS-WRP (D. Haw. Apr. 20, 2020); *Taylor v. Bartolucci*, CIVIL No. 19-00494 JAO-KJM (D. Haw. Feb. 26, 2020); *Krizek v. Queens Med. Ctr.*, CIV. No. 18-00293 JMS-WRP (D. Haw. Nov. 22, 2019); *Char v. Simeona*, CIV. No. 18-00303 DKW-KJM (D. Haw. Sep. 10, 2018); *Kennedy v. Wells Fargo Bank*, CIVIL No. 18-00068 DKW-KJM (D. Haw. July 30, 2018); *Martin v. Hotel & Transp. Consultants, Inc.*, Civ. No. 17-00088 JMS-KSC (D. Haw. June 1, 2018); *Neale v. Volvo Cars of N. Am., LLC*, Civil Action No. 10-4407 (JLL) (D.N.J. Dec. 6, 2017); *Quinones v. UnitedHealth Grp. Inc.*, CIVIL No. 14-00497 LEK-RLP (D. Haw. June 28, 2017); *Quinones v. Unitedhealth Grp. Inc.*, 250 F. Supp. 3d 692 (D. Haw. 2017); *DeRosa v. Ass'n of Apartment Owners of the Golf Villas*, CIVIL 15-00165 LEK-KSC (D. Haw. Aug. 31, 2016); *DeRosa v. Ass'n of Apartment Owners of the Golf Villas*, 185 F. Supp. 3d 1247 (D. Haw. 2016); *Flynn v. Marriott Ownership Resorts, Inc.*, 165 F. Supp. 3d 955 (D. Haw. 2016); *Leff v. Bertozzi Felice Di Giovanni Rovai*, CIVIL No. 15-00176 HG-RLP (D. Haw. Dec. 29, 2015); *Du Preez v. Banis*, CIVIL No. 14-00171 LEK-RLP (D. Haw. Sep. 30, 2015); *Bench v. Wood (In re Wood)*, 530 B.R. 836 (D. Haw. 2015); *Shankar v. United States Department of Homeland Security*, No. 13-cv-01490 NC (N.D. Cal. Feb. 6, 2014); *Courter v. Karolle*, CIVIL No. 11-00736 LEK-KSC (D. Haw. June 6, 2013); *Queen's Med. Ctr. v. Kaiser Found. Health Plan, Inc.*, 948 F. Supp. 2d 1131 (D. Haw. 2013); *Skyline Zipline Global, LLC v. Domeck*, CIVIL No. 12-00450 JMS-BMK (D. Haw. Mar. 15, 2013); *Bracken v. Kyo-ya Hotels & Resorts, LP*, Civ. No. 11-00784 SOM/BMK (D. Haw. Nov. 13, 2012); *RLM Bus. Solutions, Inc. v. Procon Fleet Servs., LLC*, CV. No. 11-00712-DAE-KSC (D. Haw. Apr. 9, 2012); *Windward Aviation, Inc. v. Rolls-Royce Corporation*, Civ. No. 10-00542 ACK-BMK (D. Haw. July 6, 2011); *BlueEarth Biofuels, LLC v. Hawaiian Electric Co.*, 780 F. Supp. 2d 1061 (D. Haw. 2011); *Pearson v. Suiter (In re Suiter)*, No. 15-00083 (Bankr. D. Haw. Nov. 15, 2016); entre otros.

otra adquirir información material está sujeta a la misma responsabilidad hacia la otra, por pérdida pecuniaria como si hubiera declarado la inexistencia del asunto. que el otro no pudo descubrirlo. Ver Segundo Restatement de Torts § 546 ("El autor de una *misrepresentation* fraudulenta está sujeto a responsabilidad por la pérdida pecuniaria sufrida por alguien que justificadamente confía en la verdad del asunto tergiversado, si su confianza es un factor sustancial para determinar el curso de conducta que resulta en su pérdida.").

3.5. Diferencia entre el *misrepresentation* bajo el Segundo Restatement de Contratos y bajo el Segundo Restatement de Torts: sus efectos

A lo largo de los epígrafes anteriores hemos deslizado sutiles diferencias entre un tipo de *misrepresentation* basado en los *torts* y otro basado en el contrato. Hemos manifestado que un efecto de utilizar la teoría contractual del *misrepresentation* es la de la postular la rescisión del contrato (debiendo demostrar o fraude o materialidad de la *misrepresentation*), mientras que bajo la férula de los torts la parte actora busca el resarcimiento de los daños para lo cual debe demostrar fraude y materialidad.[791]

Según el numeral 165 del Segundo Restatement de Contratos, el efecto de un contrato bajo misrepresentación es la

791 Cfr. Farnsworth, 1990, p. 269.

anulabilidad[792] o rescisión. Burrows (2013) piensa que una inocente[793] misrepresentación puede dar lugar a la rescisión del contrato (p. 573): "La rescisión (o, como a veces se le llama, 'dejar sin efecto') elimina un contrato desde el principio. Es el remedio que acompaña a un contrato que es 'anulable'. La rescisión, por lo tanto, se diferencia de la terminación de un contrato por incumplimiento, que sólo libera las obligaciones futuras" (p. 584).

4. *MISREPRESENTATION* (*MISREPRESENTATION O FALSEDAD*) FRAUDULENTA Y *MISREPRESENTATION* NEGLIGENTE

Desde las canteras del *common law* en Inglaterra, el *misrepresentation* se concibió como una figura ligada al fraude, sin embargo, el tiempo ha hecho que pueda tener una naturaleza negligente. Así Mc Meel (2008) explica que históricamente era así:

> Esto debe haber sido la base para muchas acciones legales, ya que eventualmente provocó la sección 6 de la Ley de Enmienda de la Ley de Estatutos de Fraude de 1828 (a menudo conocida como la Ley del Lord Tenterden), que requería que las representaciones falsas se hicieran por

792 Sección 164 del Segundo Restatement de Contratos, 1981, EE.UU. dice: Cuando una Representación Falsa Hace que un Contrato Sea Anulable
(1) Si la manifestación de asentimiento de una de las partes es inducida por una representación fraudulenta o material por parte de la otra parte en la que el receptor está justificado en confiar, el contrato es anulable por el receptor.
(2) Si la manifestación de asentimiento de una de las partes es inducida por una representación fraudulenta o material por parte de alguien que no es parte en la transacción en la que el receptor está justificado en confiar, el contrato es anulable por el receptor, a menos que la otra parte en la transacción, de buena fe y sin razón para saber de la representación falsa, otorgue valor o confíe materialmente en la transacción.

793 En el mismo sentido, Gómez Calle (1994) también establece que el vendedor no necesita actuar con intención o malicia para que el comprador tome medidas contra él (p. 55).

> escrito y firmadas antes de que pudieran ser la base de una acción legal. Esta peculiar restricción sobre el alcance del engaño ha sobrevivido de alguna manera hasta el siglo XXI. Una autoridad de apelación enfática establece que la Ley de 1828 no se aplica a reclamaciones que no se basen en el fraude. De manera algo asimétrica, tenemos una condición de formalidad en la ley de representación fraudulenta en lo que respecta a representaciones sobre la solvencia crediticia de un tercero, pero no existe una regla similar para una representación negligente del mismo carácter. (p. 41).

Por su parte, Mc Kendrick (2017) se encargó de explicar que la segunda vertiente del *misrepresentation* es negligente, con lo cual queda despejada toda duda sobre el carácter doloso o fraudulento[794] del *misrepresentation*:

> El segundo tipo de representación es la representación negligente en el derecho común. En el período inmediatamente posterior al caso *Derry v Peek*, se pensaba que la representación negligente no era punible en responsabilidad extracontractual porque la responsabilidad en responsabilidad extracontractual sólo surgía en casos de representación fraudulenta (*Le Lievre v Gould [1893] 1* QB 491). Sin embargo, esta opinión fue rechazada por la Cámara de los Lores en el caso *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC

794 Por ejemplo, Barrientos Zamora (2012) menciona el caso del banco que "claramente proporcionó información que indujo a error al consumidor", lo que podría implicar que hubo una representación intencional o fraudulenta (p. 844). Por otra parte, Cartwright y Hesselink (2009) mencionan que la representación fraudulenta por parte de A bien podría establecer también una reclamación por fraude en responsabilidad extracontractual, lo que implica que el fraude es la base para la representación errónea según la reformulación de responsabilidad extracontractual (p. 451).

> 932. Aunque la Cámara reconoció que la representación negligente podía ser punible, sostuvieron que sólo era punible cuando existía una relación contractual previa entre las partes o cuando las partes estaban en una "relación fiduciaria". Este enfoque restrictivo prevaleció en Inglaterra hasta 1951 (ver *Candler v Crane*, Christmas and Co [1951] 2 KB 164). (p. 310).

En el caso *Hedley Byrne v Heller* de 1964, la Cámara de los Lores en el Reino Unido[795] expandió la responsabilidad por representación negligente. En este caso, unos agentes de publicidad solicitaron a los banqueros de su cliente una referencia sobre la salud financiera de la empresa. Los banqueros respondieron afirmativamente, pero con una renuncia de responsabilidad. A pesar de que el caso falló debido a esta renuncia, el fallo es importante porque los Lores habrían permitido la demanda si no hubiera sido por la renuncia. Esto amplió significativamente la responsabilidad en casos de representación negligente. La cuestión que quedó pendiente fue determinar los límites de esta ampliación de responsabilidad.[796]

En el *common law* inglés, a diferencia del *common law* americano, es hostil al principio de la buena fe en la ejecución de los contratos, bajo el argumento de que se debe proteger la autodeterminación, la lucha por el interés propio de cada parte, y evitar la inseguridad del concepto. Sin embargo, Mc Kendrick (2020) sugiere que esta hostilidad inglesa en la esfera de la ejecución contractual sea superada (p. 494), toda vez que el *common law* americano ya la ha admitido explícitamente (p. 490).

795 *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

796 Cfr. Mc Kendrick, 2017. pp. 310 y ss.

Ahora bien, en el sistema americano, la *misrepresentation* es un *tort* (*agravio*) que puede ser intencional -como el ocultar información[797] e inducir a la otra parte a actuar-, o negligente.

Los elementos de *misrepresentation* o falsedad fraudulenta generalmente incluyen: (1) una representación; (2) su falsedad; (3) su materialidad; (4) el conocimiento del promitente de su falsedad o la ignorancia de su verdad; (5) intención de engañar;[798] (6) dependencia; y (7) lesiones o daños resultantes. Por su parte, por *misrepresentation* o falsedad negligente, los elementos generalmente incluyen: (1) una *misrepresentation* o falsedad u omisión de un hecho; (2) que la representación u omisión es material o significativa; (3) que la persona/entidad acusada de negligencia no ejerció el grado de diligencia y experiencia que el público tiene derecho a esperar; (4) que el demandante se basó razonablemente en la *misrepresentation* o falsedad u omisión; y (5) que el demandante sufrió daños como resultado directo e inmediato de dicha confianza razonable.

Como vemos, la diferencia entre la *misrepresentation* intencional y negligente reposa en que en la primera la falsedad es producto de una intención de engañar (mala fe, dolo), mientras que en el segundo, el motor de la figura reposa en la diligencia requerida. Como hemos visto anteriormente, el ius imperium ha admitido ciertas figuras en determinados ámbitos de las relaciones negociales (bancarias, financieras, inmobiliarias, de seguros, etc.), donde la confianza viene dada por el orden público que impone una obligación de informar

797 Mosset Iturraspe discute conceptos relacionados como la omisión fraudulenta, la importancia de información precisa y completa, y la prohibición de "inexactitudes" u "ocultamientos". (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 37-76.)

798 Leonhard (1896) menciona que un vendedor es responsable por misrepresentación si hace una declaración falsa con la intención de engañar (pp. 31-32).

por parte de la parte con acceso a la información.[799] Esta obligación fiduciaria presupone que la falsedad desciende no de la intención de engañar sino de una omisión al deber de informar[800] ligado a su ínsita diligencia por razón de su función.

Los casos posteriores generalmente coinciden en los elementos de *misrepresentation* o falsedad fraudulenta y negligente, aunque existen algunas variaciones en la forma en que se articulan, y sobre todo en el esquema probatorio, por cuanto en el tramado intencional es necesario probar la mala fe, mientras que en el tramado negligente solamente es necesario probar el quebrantamiento de un deber de informar predicado por la norma, independientemente del estado mental o intención de engañar.

En casos de *misrepresentation* o falsedad fraudulenta, es importante destacar que de manera constante se subraya la necesidad de establecer una representación, falsedad y su relevancia en función de la intención de engañar (mala fe, dolo). Además, estos casos resaltan la importancia de demostrar que el promisor tenía conocimiento de la falsedad o desconocimiento de la verdad, junto con la intención de engañar. Por último, se hace hincapié en la necesidad de comprobar que el promisario se basó en la *misrepresentation* o falsedad y sufrió daños como consecuencia de ello.

En el caso de *misrepresentation* o falsedad negligente, los casos enfatizan de manera similar la necesidad de establecer una *misrepresentation* o falsedad u omisión de un hecho, su materialidad y la falta de cuidado razonable por parte del promitente. Los casos también enfatizan la importancia de demostrar que el demandante se

799 Piotet (1963) analiza cómo un vendedor puede ser culpable de *culpa in contrahendo* si no informa al comprador de los defectos de la cosa que se vende (pp. 138-139).

800 Choi (1990) considera que el hecho creador de responsabilidad radica en "informes erróneos negligentes" o en la "omisión de aclaración obligada por el deber" (p. 261).

basó razonablemente en la *misrepresentation* o falsedad u omisión y sufrió daños como resultado.[801]

Por lo tanto, los factores clave que diferencian ambas figuras se encuentran en los elementos que hemos identificado en el Digesto, hace más de 1500 años: la buena fe y la diligencia. En un sentido, la demostración de mala fe (la intención de engañar o el dolo) se considera un paso esencial para establecer una representación intencionada falsa, mientras que, para probar una representación negligente, es necesario demostrar la falta de diligencia por parte del promisor. Esta distinción histórica se puede corroborar mediante el análisis de las citas en el Digesto que se encuentran en el segundo apéndice, lo cual se refleja en la casuística contemporánea, y para ello veamos algunos casos:

Por ejemplo, el caso *Gulf Coast Hospice* articula los elementos de *misrepresentation* o falsedad negligente de una manera ligeramente diferente, enfatizando la necesidad de demostrar que la persona/entidad acusada de la negligencia no ejerció el grado de diligencia y experiencia que el público tiene derecho a esperar. Además, el caso *Snyder* analiza la importancia de establecer "descuido al impartir palabras" para tener éxito en un reclamo por *misrepresentation* o falsedad negligente.[802]

Los casos también difieren en términos de la medida en que hacen referencia al Segundo Restatement de Contratos y a al Segundo Restatement de Tort (Torts). Algunos casos, como *Abry P'rs y City of Warrensburg*,[803] hacen referencia específicamente a

801 Por su parte, Widmer (2003) ha tratado el tema de "*falsatio procuration*", o contratación falsa, que podría considerarse un tipo de misrepresentación (pp. 183-186).

802 Leonhard (1896) analiza diversas situaciones en las que el vendedor puede ser responsable de una *misrepresentation*, incluyendo cuando el vendedor hace una afirmación descuidada o imprudente sobre un producto (pp. 29-31).

803 *Abry P'rs V, L.P. v. F & W Acq. LLC*, 891 A.2d 1032 (Del. Ch. 2006).

ambos Restatements, mientras que otros, como *Rempel y Spears*,[804] sólo hacen referencia al Segundo Restatement de Torts. Otros más, como *Gulf Coast Hospice y Rosenberg*,[805] no mencionan ninguna de los Restatements, pero aún analizan en detalle los elementos de *misrepresentation* o falsedad fraudulenta y negligente.

Lo que estamos observando es que en casos de misrepresentación en contratos, la consecuencia principal es la rescisión del contrato, siempre y cuando se pueda demostrar que la misrepresentación era sustancial o fraudulenta. Sin embargo, cuando una demanda se basa en el Segundo Restatement de Torts, es necesario que la representación sea necesariamente fraudulenta y sustancial, ya que se busca recuperar daños y perjuicios en ese contexto.

5. SOBRE LA CIC Y LA *MISREPRESENTATION*

Ahora bien, una vez que estamos premunidos de los elementos esenciales con respecto a la CIC y la misrepresentación, podemos realizar una comparación de ambas figuras.

Como mencionamos anteriormente en el capítulo II, la CIC consta de tres vertientes principales: el deber de protección, el deber de informar y el deber de negociar de buena fe. De estos tres vectores, no es necesario comparar el deber de protección, ya que este deber de cuidado en el *civil law* es incorporado por completo en el sistema de responsabilidad extracontractual (torts) del *common law*. Existe una identidad perfecta entre ambas figuras en ambos sistemas, por lo que no requiere un análisis más detenido.

Sin embargo, nos enfocaremos en los dos aspectos siguientes relacionados con el deber de informar y el deber de negociar de buena

804 *Rempel v. Nationwide Life Ins. Co.*, 471 Pa. 404, 370 A.2d 366 (Pa. 1977).
805 *Gulf Coast Hospice LLC v. LHC Grp. Inc.*, 273 So. 3d 721 (Miss. 2019).

fe. Como anticipamos en el capítulo II, el deber de informar tiene sus raíces en el Digesto. En ese capítulo, proporcionamos numerosas citas del Digesto que respaldan este deber de informar. Este deber de informar está respaldado por la legislación comparada tanto en el *civil law* como en el *common law*. Además, desde el contexto del *common law*, hemos observado cómo el principio del "caveat emptor" ha sido modificado y adaptado a los tiempos contemporáneos, y hemos visto cómo la *misrepresentation* ha desempeñado un papel fundamental en el *common law* al establecer un sistema de protección al consumidor. Además, hemos notado que en ciertas relaciones de confianza existe una obligación extrema de buena fe, llamada "uberrima fidei,"[806] para proporcionar información y evitar que el promitente tome decisiones basadas en información incorrecta. Es evidente que la similitud entre el segundo aspecto de la CIC y la *misrepresentation* es prácticamente idéntica, al menos en el *common law* estadounidense.

En cuanto a la tercera faceta de la CIC, la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), observamos en el capítulo I cómo la doctrina posterior a Ihering cambió drásticamente la doctrina que él había recién establecido. Ihering había buscado abordar una deficiencia en el sistema extracontractual alemán, que no podía lidiar con situaciones de "pure financial loss" o "pure economic loss" (pérdida puramente financiera o económica). Ihering creía que la diligencia era esencial para su nueva doctrina, basándose en el análisis de casos del Digesto como los "extra commercium" y las herencias inexistentes (véase el primer appendix). Sin embargo, la doctrina que surgió después de él reintrodujo desde el Digesto el

806 Wied (2009) subraya que los "contratos de máxima buena fe" ingleses implican que la buena fe es importante en este contexto (p. 120). Por su parte Mussy (1999) estudia el tema de la "clausola generale di buona fede" (cláusula general de buena fe) que se utiliza para deducir una prohibición de reticencia. Además, analiza la importancia de la buena fe en otros contextos, como en los "rapporti di máxima buena fe" (relaciones de máxima buena fe) (pp. 214-215.)

otro elemento esencial, la buena fe, y la incorporó como un elemento fundamental de la doctrina. Como resultado, la doctrina se volvió más compleja, es decir, el dolo (o la mala fe o el engaño) comenzó a tener un papel predominante, a pesar de los esfuerzos explícitos de Ihering (1861, pp. 30-37) por evitarlo. Con esto, el dolo (o la mala fe), pasó a ser el elemento central de esta nueva faceta de la CIC. En consecuencia, la Ruptura "injustificada" se convirtió en una ruptura "maliciosa" o "engañosa" de negociaciones preliminares (RINP).[807]

Así, cuando la RINP se convierte en una ruptura "engañosa" de negociaciones preliminares, la jurisprudencia incorpora el concepto de buena fe y su correspondiente contraposición, la "mala fe," y se enfoca en casos en los que hubo desinformación, ocultación[808] de información o dolo en la transmisión de promesas. En la práctica, la tercera faceta de la CIC (RINP) ha tomado elementos de la segunda faceta de la CIC (el deber de informar) para establecer una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares en los casos en los que la parte promitente proporciona representaciones falsas, tendenciosas, engañosas o simplemente no brinda la información adecuada.[809] En este sentido, estas RINP se presentan como equivalentes a la *misrepresentation* fraudulenta, especialmente en el ámbito del Segundo Restatement de Torts, donde la parte demandante necesita demostrar la representación intencionalmente engañosa y, por lo tanto, demostrar el dolo o la mala fe en la declaración.

---

807 Choe (1988) explica que "decipi" (engaño) es un elemento clave de la *culpa in contrahendo*, y también menciona la idea de "Erklärungshaftung" (responsabilidad por las declaraciones) en este contexto (pp. 8, 9).

808 Siber (1914) señala las consecuencias del "arglistiges Verschweigen" (ocultación fraudulenta) de defectos en un contrato (p. 191).

809 Por su parte, Choi (1990) vincula las declaraciones falsas o la falta de divulgación de información relevante para el contrato bajo el principio de la CIC (p. 261).

La mayoría de los casos que examinaremos en el appendix III de esta obra, tanto en España como en Italia y Alemania, enmarcan la RINP dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde una parte debe demostrar la mala fe del promitente que le proporcionó información o una representación falsa o incorrecta, y como resultado de su confianza en dicha representación, sufre un daño. La similitud o al menos la semejanza entre la *misrepresentation* intencional del Segundo Restatement de Torts en el *common law* y la RINP en el *civil law* es significativa y nos lleva a afirmar la similitud entre ambas figuras en ambos sistemas.

Ahora bien, otro aspecto interesante para comparar entre la CIC y el *misrepresentation*, es el referido al tema de la buena fe con respecto a la mala fe o dolo de la *misrepresentation*, sobre todo el tema de si la misrepresentación es intencional o negligente (o hasta inocente).[810] Si la *misrepresentation* es intencional, necesariamente pasa por el tema de la intencionalidad (dolo), donde la mala fe debe probarse en el sentido de probar que el demandado actuó de manera intencional o engañosa o fraudulenta y que dicha conducta era material para el contrato. Si la parte actora puede demostrar que hubo este elemento fraudulento y material,[811] entonces podría demandar por daños al amparo del numeral 551 (1) del Segundo Restatement de Torts. Sin embargo, si la falsedad no fue intencional, es decir, fue resultado de una negligencia (o hasta de una omisión inocente), entonces, la parte

810 Hahn (2004) piensa que la violación al deber de informar puede ser intencional (con astucia o dolo) o por negligencia (pp. 340-341), al igual que en las fraudulentas o negligentes. De la misma forma Hehli (2008) habla de un engaño intencional o de un engaño negligente (pp. 106 y ss.), al igual que una falsedad o misrepresentación fraudulenta o por negligencia.

811 Kovac (2019) menciona que menciona que, bajo la ley inglesa, una parte que proporciona información falsa a otra parte puede ser responsable en el delito de engaño si no tiene una creencia honesta en la verdad de la información. Además, bajo la ley china, una parte puede ser responsable por ocultar deliberadamente hechos importantes o proporcionar información falsa (pp. 11-12).

actora solamente requiere demostrar que la inducción al error fue material (no intencional[812] o fraudulenta), de modo que podrá solicitar la rescisión del contrato (y recuperar todo lo proporcionado bajo la influencia del error) bajo el numeral161(b) del Segundo Restatement de Contratos.[813] Como vimos, la diferencia entre el Restatement de Contratos con el de Torts, es que en el primero (contratos) la parte actora necesita probar o que el promitente actuó con intención fraudulenta (contraria a la buena fe) o que dicha falsedad fue material (tema de la culpa); mientras que, en los torts, la parte actora requiere demostrar que la falsedad fue material y fraudulenta.

Del mismo modo, en la teoría original de la diligencia *in contrahendo* de Ihering, este autor sostuvo que la responsabilidad del promitente se fundamentaba en la violación de su deber de actuar de manera diligente. Sin embargo, posteriormente a la obra de Ihering, la doctrina amplió la noción de diligencia *in contrahendo* y la convirtió en un *dolo in contrahendo* (o una ruptura *maliciosa* de las negociaciones preliminares). Esto implicó que la parte que inicia la acción legal debe demostrar la existencia de mala fe o dolo por parte del promitente, ya que se presume la buena fe. En consecuencia, el dolo sustituye a la culpa y requiere que el demandante demuestre la intención engañosa. En la práctica, como examinaremos en los capítulos VI, los casos del RINP, vistos desde la perspectiva del PE, se reducen a una comparación casi idéntica entre la CIC y esta figura de la representación engañosa o dolosa.[814]

---

812 Windscheid (1900) aborda el concepto de "Mentalreservation", que se produce cuando alguien tergiversa intencionalmente algo con el objetivo de engañar a otra persona. Sin embargo, también discute casos en los que la representación errónea no es intencional, como cuando alguien está bromeando o intentando enseñar una lección (p. 499).

813 Restatement (Segundo) de Contratos (SRC), 1981. (EE.UU.)

814 Choe (1988) explica que "decipi" (engaño) es un elemento clave de la *culpa in contrahendo*, y también menciona la idea de "Erklärungshaftung" (responsabilidad por las declaraciones) en este contexto (pp 8, 9).

En ese sentido, la doctrina ha examinado el tema de las misrepresentaciones o representaciones erróneas dentro del contexto de la teoría de la CIC y llega a la conclusión de que la CIC está impregnada de representaciones erróneas con intención engañosa. Así, por ejemplo, Nunes Fritz (2018) cree que las misrepresentaciones fraudulentas (arglistige Täuschung) nacieron paralelamente a las misrepresentaciones negligentes (fahrlässige Täuschung) en la legislación alemana (p. 21); asimismo cree que una parte puede ser responsible por brindar información falsa (pp. 329-331) creando una apariencia falsa de validez del contrato ("herbeiführung eines Anscheins der falschen Wirksamkeit des Vertrages") (pp. 318-319). De la misma forma, piensa que el dolo (Tatbestand der arglistigen Täuschung) existe cuando un vendedor por ejemplo tiene conocimiento de un defecto y lo occulta deliberadamente al comprador para inducirlo a contratar (pp. 506-507).[815]

De manera que, las figuras del error y de la misrepresentación engañosa son expuestas por Nunes Fritz (2018) que habla de fahrlässige o vorsätzliche Nicht- o Fehlinformationen (falsas declaraciones negligentes o intencionadas) (p. 563).[816] Finalmente, cree que existe una vinculación entre la CIC y las misrepresentaciones.[817]

---

815 Para Nunes Fritz (2018) la "información falsa u omitida" y "Fehlinformation" (en alemán, "desinformación"), lo que implica que está vinculado a misrepresentaciones (p. 540).

816 Nunes Fritz (2018) analiza el tema de las "misrepresentaciones" en relación con la *culpa in contrahendo*, sí menciona varios casos en los que una parte se comporta de una manera que lleva a la otra a celebrar un contrato con falsos pretextos. Por ejemplo, analiza casos en los que una de las partes no revela un problema de validez del contrato o no advierte a la otra parte sobre un problema potencial. Estos casos podrían considerarse misrepresentaciones (p. 549).

817 Nunes Fritz (2018) trata el tema de "Konkurrenzprobleme um die *culpa in contrahendo*: fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung", que se traduce como "problemas de competencia en torno a la *culpa in contrahendo*: misrepresentación negligente versus misrepresentación fraudulenta"); y menciona que existe un vínculo entre *culpa in contrahendo* y misrepresentaciones (p. 549 y ss.).

Además, Popp (2001) sostiene que la *culpa in contrahendo* es una "falsificación de la realidad" o una "ocultación de la verdad" (p. 161). Él argumenta que el deber de informar es equivalente al deber de no engañar, es decir, de no inducir a error (p. 199). Esto se alinea con la posición del Segundo Restatement de Contratos § 161(b) y la sección § 551(1) del Segundo Restatement de Torts, donde la buena fe se interpreta en el contexto de no engañar. Popp (2001) también sugiere que un lenguaje ambiguo puede dar lugar a malentendidos y errores, lo que podría resultar en responsabilidad (p. 209).[818] Esto se relaciona con los casos de misrepresentaciones inocentes que hemos discutido en secciones anteriores.[819]

Mousseron (1985) claramente explica que las misrepresentaciones contravienen al deber de lealtad[820] o de buena fe entre las partes contratantes durante las negociaciones (p. 124) y que el dolo (fraude) es una de las figuras de la CIC (pp. 130-131), que claramente se equipara con la *misrepresentation* del *common law*.[821]

---

818 Popp (2001) específicamente menciona situaciones donde una de las partes proporciona información engañosa u omite detalles relevantes (p. 279). En este mismo sentido, Mankowski (2020) también piensa que la CIC se da cuando una parte proporciona información falsa u omite información relevante (pp. 312-327).

819 Por ello Capik (2007) resalta la importancia de la claridad y comprensibilidad en lo que respecta a la información proporcionada al consumidor y la cuestión del idioma en el que debe redactarse el contrato (p. 37).

820 Por otra parte, Domat (1850) discute la importancia del amor y el respeto mutuo en todos los compromisos, y argumenta que el principio de buena fe es una extensión de esto. Específicamente, afirma que las reglas que nos ordenan dar a cada hombre lo que le corresponde, no perjudicar a nadie y ser siempre fieles y sinceros son todos efectos del amor mutuo (p. 19).

821 Mussy (1999) analiza la posibilidad de utilizar el principio *neminem laedere* para sancionar violaciones de la obligación de proporcionar información y sugiere que este podría ser un mejor enfoque que ampliar el alcance de la *culpa in contrahendo* (p. 217).

Entonces, como vemos, el deber de negociar de buena fe trae necesariamente la mala fe, o sea el dolo,[822] el engaño o el fraude.[823]

Ahora bien, examinemos de manera concisa el tratamiento casuístico en la jurisprudencia de los Tribunales de Casación de Italia, Francia[824] y España, así como en el Tribunal Federal de Alemania. Si bien estos casos se analizarán más detalladamente en el appendix III, en esta sección los abordaremos de manera resumida para establecer su relación con la *misrepresentation*.

6. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CIVIL LAW BAJO LAS TEORÍAS DE LA CIC Y *MISREPRESENTATION*[825]

6.1. España[826]

A) Caso Banco Atlántico: STS 31-10-2001 (RJ 8493/2001)

a) Antecedentes del Caso

Este caso versa sobre la demanda interpuesta por el banco Atlántico en contra de la demandada Industrias Química porque maliciosamente y "en forma contraria a la buena fe" obtuvo una financiación del banco ocultando información sobre las dificultades económicas por las que atravesaba.

---

822 Mussy (1999) analiza el concepto de "dolo" (fraude) en la formación de contratos, que está relacionado con misrepresentaciones (pp. 208-210).

823 También en el bloque soviético, antes de la caída de Berlín, Radisic (1991) proponía que las partes deberían actuar "concienzudamente" de acuerdo a las reglas de la "comunidad socialista" (pp. 18 y 21).

824 En Francia, Cabrillac (2016) discute la evolución del derecho contractual francés, mencionando específicamente la necesidad de una mayor flexibilidad y justicia social. También habla sobre la importancia de proteger a la parte más débil en un contrato (p. 63).

825 Para un análisis de estos casos bajo los lentes de la CIC y el *Promissory estoppel*, referimos al lector al Apéndice III de esta obra.

826 Estos casos se analizan desde la perspectiva del *Promissory estoppel* en el anexo III.

El caso involucró una disputa entre un banco (Banco Atlántico) y un grupo de empresas (Industrias Química) por un préstamo. El banco había prestado dinero a las empresas, el 25 de febrero de 1992, por 1.500 millones de pesetas -aproximadamente 8,7 millones de euros-, y las empresas no cumplieron con el préstamo (en 1994). El banco demandó a las empresas por el pago (en 1995), pero las empresas argumentaron que el acuerdo de préstamo no era exigible porque no estaba por escrito.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid tramitó el juicio declarativo número 29/1986, que promovió la demanda de la entidad Banco Atlántico, S.A., en la que tras exponer hechos y fundamentos de derecho, solicitó se dicte sentencia para que se condene solidariamente a los demandado sal pago de la cantidad de 479.207.253,- Ptas.

Actuadas las pruebas practicadas, que fueron declaradas pertinentes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid dictó sentencia en fecha 8 de septiembre de 1994, con el siguiente Fallo literal:

> Que desestimando las excepciones de prescripción y de incompatibilidad de acción que manifiesten las demandadas y debo desestimar y desestimo igualmente la demanda interpuesta por don Juan Antonio García San Miguel Orueta en nombre y representación de la Compañía Mercantil Anónima Banco Atlántico S.A. contra Industrias Química y Asociados S.A.

El Procurador de los Tribunales don Juan-Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación del Banco Atlántico S.A. formalizó recurso de casación ante la Sala Civil contra la sentencia del grado de apelación, que integró con los siguientes motivos:

> Uno: Inaplicación del artículo 1902 del Código Civil, jurisprudencia interpretativa y artículo 7 de dicho Código.
>
> Tres: Indebida aplicación de la jurisprudencia relativa a los actos propios.

Cabe aclarar que el numeral 7 del CCE reza lo siguiente: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"[827] y el artículo 1902 del Código Civil español (CCE) que dice: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."[828]

Ahora bien, la teoría de los actos propios es una teoría vaga e imprecisa. El propio Diez Picazo (2014) califica a tal teoría como de "extravagante: "Es curioso observar que, en la actualidad, se trata de una regla, extravagante, cuya '*sede materiae*; nadie conoce con exactitud." (p. 215).

Ahora bien, el Tribunal Supremo en su primer fundamento de derecho expone un tema importante sobre la CIC. Dice que la CIC no se aplica porque no se pudo probar la mala fe de los demandados al momento de realizarse el préstamo, es decir, el ocultamiento de información de los demandados al momento de hacer el préstamo no pudo probarse y por lo tanto la CIC es inaplicable. Este resultado es a todas luces injusto, a consecuencia de que la CIC impone en el demandante un elemento extra probatorio, cual es el de demostrar la mala fe, o ausencia de buena fe en el actuar del demandado. El Tribunal lo sentenció de la siguiente forma:

827 Código Civil español (CCE). Art. 7. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

828 Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

> En el primer motivo se acusa inaplicación de los artículos 1902 y 7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa, concretándose la impugnación casacional al hecho de que la demandada Industrias Químicas Asociadas (I.Q.A.), actuó maliciosamente y en forma contraria a la buena fe, al haber ocultado las dificultades económicas por las que atravesaba al tiempo de las actuaciones prenegociales a la concesión del préstamo a cargo de la recurrente, por importe de 612.000.000 pts, que se formalizó en Póliza de fecha 30 de abril de1981, y tenía por objeto financiar un cargamento de nafta; habiendo resultado impagado el préstamo al tiempo fijado para su vencimiento (26 de octubre de 1981).
>
> Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos, han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa "in contrahendo" ..., que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado. Ahora bien la responsabilidad contractual que se alega en el motivo no resulta de recibo casacional, pues las conductas conformadoras de ilícito civil omisivo por el silencio y reticencia que se imputa a I.Q.A. y actuaciones de ocultación en su cartera económica no se probaron en forma adecuada y convincente, máxime respecto a que hubiera producido una inducción premeditada e intensa en la recurrente -se trata de una entidad bancaria que entre sus operaciones habituales están los negocios de préstamo- a fin de llevarla a otorgar el contrato de concesión de crédito de referencia.

De esta forma, aplicando la teoría de la CIC (RINP) el Tribunal Supremo impuso un elemento adicional probatorio, una valla muy alta que era la de probar que la parte demandada ocultó información

sobre su estado financiero de una forma "alejada de la buena fe". Este paso adicional probatorio hace de la CIC (RINP) una figura onerosa y pesada, muy poco efectiva.

b) Análisis del Caso

Ahora bien, en el análisis de este caso bajo los lentes de las teorías de *Misrepresentation* y *Culpa in contrahendo* (CIC), a pesar de sus diferencias en enfoque y requisitos, ambas teorías probablemente hubieran conducido a una resolución similar.

En el caso del *Misrepresentation*, Industrias Química no reveló sus problemas financieros que tenía. Esta omisión puede interpretarse como una declaración implícita de estabilidad financiera. Sin embargo, para probar fraude, Banco Atlántico tendría que evidenciar que Industrias Química estaba consciente de su situación financiera precaria y aun así procedió con el acuerdo. Asimismo, El banco confió en la solvencia financiera de Industrias Química para otorgar el préstamo. Dada la naturaleza de las transacciones bancarias, es razonable que el banco confíe en la integridad y veracidad de la información proporcionada por sus clientes.[829]

Por otra parte, bajo la lupa de la CIC Industrias Química tenía la obligación de no engañar al banco sobre su situación financiera. Al no divulgar sus problemas financieros, Industrias Química violó su deber de informar.

De otra parte, la tercera vertiente de la CIC (Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares) no habría aplicado, porque el conflicto surge de un contrato ya establecido, no de la terminación de negociaciones.

---

829 En este sentido referente a la integridad, Domat (1850) se refiere que la "integridad perfecta" se refiere a mantener una integridad impecable o una conducta completamente honesta y justa en todo tipo de acuerdos o compromisos. Ambas partes se espera que traten con honestidad y equidad entre sí en este contexto (p. 176).

En este sentido, podemos apreciar una resolución simultánea del caso de manera similar bajo ambas teorías. Aunque la *misrepresentation* se centra en la veracidad de las declaraciones y CIC en el proceso de negociación, ambos convergen en la necesidad de honestidad y transparencia. La omisión de información financiera crucial por parte de Industrias Química es un punto crítico en ambos enfoques.

Dadas las circunstancias del caso, tanto bajo *Misrepresentation* como bajo CIC, es probable que se llegara a una conclusión similar: la responsabilidad de Industrias Química por no revelar información esencial que afectó la decisión del banco.

Sin embargo, existe un desafío probatorio: Independientemente de la teoría aplicada, el Tribunal Supremo enfrentaría retos similares en probar la mala fe o el engaño intencional por parte de Industrias Química.

Por otro lado, si observamos la sección 161b del Segundo Restatement de los Contratos, como discutimos previamente, la falsedad no sólo se refiere al tema de la defraudación, sino que también podría haberse presentado la demanda de *misrepresentation* mediante la omisión de información "material" sin necesidad de abordar la cuestión de la defraudación, siempre y cuando dicha materialidad sea la base de una demanda de rescisión.

En conclusión, a pesar de sus diferencias conceptuales y prácticas, tanto la teoría de *Misrepresentation* como la de CIC probablemente hubieran conducido a una resolución similar en este caso, enfatizando la importancia de la transparencia y honestidad en las negociaciones contractuales y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Los casos sugieren que una demanda por representación falsa (*misrepresentation* basado en el contexto del Caso Banco Atlántico puede tener éxito si el demandante puede establecer que el demandado hizo intencionalmente declaraciones falsas para obtener financiación, y que el demandante se basó razonablemente en esas declaraciones en su perjuicio.

Varias de las autoridades encontradas abordan el tema de la representación falsa (*misrepresentation*) en el contexto de obtener financiación. Por ejemplo, en *Sorensen v. Dewall* (*In re Dewall*[830]), No. 21-00657 (Bankr. N.D. Iowa Mar. 30, 2022),[831] el tribunal discute alegaciones de conducta fraudulenta para obtener financiación, lo cual es similar a la demanda por representación falsa en cuestión en la nuestra investigación.

En *Zornoza v. TerraForm Glob.*, 16-md-2742 (PKC) (S.D.N.Y. Apr. 7, 2023),[832] el tribunal aborda el tema de la representación falsa en

---

830 Caso seguido por *Wilson Bros.-Hanover v. Linenfelser* (*In re Linenfelser*), No. 22-00283 (Bankr. N.D. Iowa Oct. 4, 2023).

831 En este caso de quiebra, Harold y Julie Sorensen demandan a Nolan Otto DeWall, argumentando que DeWall cometió fraude mientras gestionaba Voorhies Grain, Inc. DeWall, quien era gerente y copropietario, supuestamente proporcionó representaciones falsas sobre las finanzas y el inventario de la empresa para obtener préstamos de GNB Bank, que los Sorensen garantizaron personalmente. Se alega que DeWall manipuló documentos e información sobre el inventario de granos y productos químicos, causando pérdidas a los Sorensen.
El Tribunal de Quiebras rechazó la moción de DeWall para desestimar la demanda, sosteniendo que los Sorensen presentaron suficientes alegatos para proceder con sus reclamos de fraude, defalcación en un rol fiduciario y daño intencional.

832 Carlos Domenech Zornoza, ex CEO de Terraform Global, Inc. y Terraform Power, Inc., demandó basándose en la Ley Sarbanes-Oxley de 2002, alegando que fue despedido en represalia por señalar representaciones falsas sobre la liquidez y el flujo de efectivo de SunEdison, Inc. Afirmó que fue despedido aproximadamente un mes después de informar a los directores de SunEdison sobre estas inexactitudes. El juez P. Kevin Castel negó la moción de juicio sumario presentada por Terraform Power y Global, estableciendo que hay suficiente evidencia para que un jurado razonable pueda considerar que la denuncia de Domenech sobre las representaciones falsas

el contexto de una empresa que oculta dificultades financieras para obtener financiación. Ambos casos sugieren que una demanda por representación falsa puede tener éxito si el demandante puede establecer que el demandado hizo intencionalmente declaraciones falsas para obtener financiación, y que el demandante se basó razonablemente en esas declaraciones en su perjuicio.

Otras autoridades encontradas, aunque no abordan directamente el tema de obtener financiación ocultando dificultades financieras, pueden proporcionar analogías útiles. Por ejemplo, en *Allied Building Prods. v. Delco Roofing Co.*,[833] 951 F. Supp. 1183 (E.D. Pa. 1996),[834] el tribunal discute el fraude, el fraude en la inducción y la

---

pudo haber contribuido a su despido. No obstante, se concedió el juicio sumario a favor de los demandados individuales, Ahmad Chatila y Brian Wuebbels, debido a la falta de pruebas suficientes para establecer su responsabilidad individual. La solicitud de Domenech para un juicio sumario también fue rechazada, lo que implica que un jurado deberá evaluar las acusaciones de represalia y determinar si los demandados habrían tomado la misma acción de despido independientemente de la denuncia de Domenech sobre las representaciones falsas.

833 Seguido por *Allied Building Prods. v. Delco Roofing Co.*, 951 F. Supp. 1183 (E.D. Pa. 1996); *Mobile Transport Technologies, Inc. v. S.I. Scooterworks LLC*, 176 F. Supp. 2d 340 (E.D. Pa. 2001).

834 En este caso ante el Tribunal de Distrito de los EE.UU. para el Distrito Este de Pensilvania, Allied Building Products Corporation ("Allied") presentó una demanda de confesión de juicio por dinero contra Delco Roofing Company, Inc. ("Delco"), resultando en una sentencia a favor de Allied por $361,298.79. Delco presentó una moción para abrir y/o anular la sentencia y solicitó la suspensión de los procedimientos para hacer cumplir la sentencia. Delco argumentó que el acuerdo de crédito que autorizaba la confesión de juicio no especificaba cuándo debían realizarse los pagos y que el acuerdo completo entre las partes no se reflejaba en el acuerdo de crédito. Delco afirmó que existía un acuerdo verbal con Allied que alteraba los términos de pago y que Allied había cometido fraude al inducir a Delco a establecer una línea de crédito. El tribunal decidió no anular la sentencia, pero aplazó la decisión sobre la petición de Delco para abrir la sentencia y concedió la suspensión de los procedimientos para hacer cumplir la sentencia, a la espera de más pruebas. El tribunal consideró que Delco presentó alegaciones suficientemente específicas de defensas meritorias, incluyendo fraude, incumplimiento de contrato, y *estoppel*, para justificar una investigación más profunda.

representación falsa como defensas meritorias en una petición para abrir un juicio confesado.

Algunas de las autoridades encontradas, como *In re Peterson*,[835] 49 B.R. 1 (Bankr. W.D. Ky. 1984),[836] discuten las consecuencias de ocultar o tergiversar intencionalmente hechos materiales en relación con una póliza de seguro. Aunque estos casos no son una coincidencia perfecta, pueden proporcionar una analogía útil para una demanda por representación falsa.

Finalmente, en *Warshaw v. Xoma Corp.*,[837] 74 F.3d 955 (9th

---

835 Seguido por *In re Peterson*, 49 B.R. 1 (Bankr. W.D. Ky. 1984; *In re Peterson*, 49 B.R. 1 (Bankr. W.D. Ky. 1984; *In re Adoption of Mays*, 30 Ohio App. 3d 195 (Ohio Ct. App. 1986); *In re Luallen*, 27 Ohio App. 3d 29 (Ohio Ct. App. 1985).

836 En el caso Marion National Bank contra el deudor, el banco alegó la no cancelabilidad de una deuda derivada de un préstamo, argumentando que el préstamo se obtuvo mediante representaciones erróneas. El deudor, al adquirir un restaurante y club nocturno, financió parte de la compra con un préstamo de Marion National Bank, ofreciendo como garantía una lista de equipos que afirmaba poseer completamente. Sin embargo, se reveló que, de los 47 artículos enumerados, sólo 28 pertenecían exclusivamente al deudor, mientras que los 19 restantes estaban sujetos a un acuerdo de compra previo, por lo que el deudor no tenía la propiedad legal total de estos. Marion National Bank sostuvo que su decisión de otorgar el préstamo se basó en la representación errónea del deudor sobre la propiedad exclusiva de los equipos. Sin embargo, el tribunal determinó que la confianza del banco en la declaración del deudor no fue razonable. El banco no verificó adecuadamente la propiedad y el valor de los equipos antes de conceder el préstamo, lo que llevó al tribunal a concluir que la deuda y el valor de los equipos listados eran cancelables en el proceso de bancarrota. La corte encontró que Marion National Bank no pudo demostrar de manera concluyente que la pérdida resultó directamente de las representaciones erróneas del deudor, enfatizando la necesidad de una diligencia debida por parte del banco en tales transacciones de préstamos.

837 Seguido por *Warshaw v. Xoma Corp.*, 74 F.3d 955 (9th Cir. 1996; *In re Apollo Group Inc. Securities Litigation*, 395 F. Supp. 2d 906 (D. Ariz. 2005); *In re Immune Response Securities Litigation*, 375 F. Supp. 2d 983 (S.D. Cal. 2005); *In re Splunk Inc. Sec. Litig.*, 592 F. Supp. 3d 919 (N.D. Cal. 2022); *Lewis v. First American Title Insurance Company*, No. 06-CV-00478-S-EJL (D. Idaho Sep. 25, 2007); *Powers v. Eichen*, 977 F. Supp. 1031 (S.D. Cal. 1997); *Glazer Capital Mgmt. v. Forescout Techs.*, 63 F.4th 747 (9th Cir. 2023); *Jedrzejczyk v. Skillz Inc.*, 21-cv-03450-RS (N.D. Cal. Mar. 1, 2023); *Sec. & Exch. Comm'n v. Richman*, 21-cv-01911-CRB (N.D. Cal. Nov. 3, 2021); *In re Apple Inc. Securities Litigation.*, No. 19-cv-02033-YGR (N.D. Cal. Nov. 4, 2020); *Murphy v.*

Cir. 1996),[838] el tribunal aborda una demanda por fraude de valores

Precision Castparts Corp., No. 3:16-cv-00521-SB (D. Or. July 3, 2020); *Fund v. First Solar, Inc.*, No. CV15-1156-PHX-DGC (D. Ariz. Nov. 27, 2018); *Bonato v. Yahoo Inc. (In re Yahoo! Inc. Sec. Litig.)*, No. C 11-02732 CRB (N.D. Cal. Aug. 10, 2012); *Teamsters Affiliates Pension Plan v. Walgreen Co.*, No. 08 C 2162 (N.D. Ill. Sep. 29, 2010); *In re Sprint Corporation Securities Litigation*, 232 F. Supp. 2d 1193 (D. Kan. 2002); *Lord v. Swire Pacific Holdings*, 203 F. Supp. 2d 1175 (D. Idaho 2002); *Robertson v. Strassner*, 32 F. Supp. 2d 443 (S.D. Tex. 1998); *Kainos Laboratories, Inc. v. Beacon Diagnostics, Inc.*, No. C-97-4618 MHP (N.D. Cal. Sep. 14, 1998); *Almosa v. Atossa Genetics, Inc.* (In re Atossa Genetics Inc.), 868 F.3d 784 (9th Cir. 2017); *City of Miami Fire Fighters' & Police Officers' Ret. Tr. v. Quality Sys., Inc. (In re Quality Sys., Inc.)*, 865 F.3d 1130 (9th Cir. 2017); *Faulkner v. ADT Sec. Servs., Inc.*, 706 F.3d 1017 (9th Cir. 2013); *U.S. v. Jenkins*, 633 F.3d 788 (9th Cir. 2011); *Rubke v. Capitol Bancorp Ltd.*, 551 F.3d 1156 (9th Cir. 2009); *Sanford v. Memberworks*, 483 F.3d 956 (9th Cir. 2007); *Newman v. Sathyavaglswaran*, No. 00-55504 (9th Cir. Oct. 17, 2001); *Berry v. Valence Technology, Inc.*, 175 F.3d 699 (9th Cir. 1999); *Leisnoi, Inc. v. Stratman*, 154 F.3d 1062 (9th Cir. 1998); *Joyce v. Amazon.com*, 2:22-cv-00617 (W.D. Wash. Dec. 4, 2023); *Martinelli v. Tesla, Inc.*, 2:23-cv-00423-JAD-EJY (D. Nev. Nov. 20, 2023); *Aragon v. Henderson Det.* Ctr., 2:23-cv-00682-ART-NJK (D. Nev. Nov. 9, 2023); *Harris v. Pena*, 2:23-cv-00563-JAD-NJK (D. Nev. Oct. 23, 2023); *Mann v. Raymond*, 2:23-cv-01578-CDS-EJY (D. Nev. Oct. 21, 2023); *Iden v. Williams*, 2:23-cv-00464-APG-VCF (D. Nev. Oct. 20, 2023); *Lowe v. USMS Jefferson*, 2:23-cv-00211-GMN-BNW (D. Nev. Sep. 29, 2023); *Aragon v. Henderson Det. Ctr.*, 2:23-cv-00682-ART-NJK (D. Nev. Sep. 22, 2023); *Morales-Reid v. Nagera*, 2:23-cv-00665-APG-DJA (D. Nev. Aug. 25, 2023); *McNair v. Daniels*, 3:23-cv-00151-ART-CLB (D. Nev. Aug. 8, 2023); *Recinos v. Child Protective Servs.*, 3:23-cv-5581 MJP (W.D. Wash. Aug. 2, 2023); entre otros.

838 En el caso de Xoma Corporation, una empresa biotecnológica, los demandantes presentaron una acción colectiva bajo la Sección 10(b) de la Ley de Valores y Bolsa de 1934 y la Regla 10b-5 de la Comisión de Bolsa y Valores, alegando que Xoma había realizado declaraciones engañosas y optimistas acerca de la aprobación inminente por parte de la FDA de su fármaco E5, a pesar de tener conocimiento de serias dudas sobre su eficacia y posibilidades de aprobación. Según la denuncia, estas afirmaciones condujeron a un aumento artificial en el precio de las acciones de Xoma. Los demandantes representaban a una clase de personas que compraron acciones de Xoma entre el 2 de marzo y el 3 de junio de 1992, periodo durante el cual Xoma aseguró repetidamente que la aprobación de la FDA para E5 era inminente. La FDA finalmente rechazó la aprobación de E5 el 4 de junio de 1992, lo que provocó una caída significativa en el valor de las acciones de Xoma.
El tribunal de distrito desestimó la denuncia con prejuicio por no presentar un reclamo sobre el cual se pudiera conceder un alivio. Sin embargo, en apelación, el Noveno Circuito revocó y devolvió el caso al tribunal de distrito para más procedimientos. La corte de apelaciones determinó que, bajo la decisión de "*Fecht v. The Price Co.*", las declaraciones optimistas de Xoma, tomadas en contexto, podrían constituir una base para una reclamación de fraude de valores bajo la Sección 10(b) y la Regla 10b-5. Además, la corte encontró que la denuncia cumplía con los requisitos de

basada en declaraciones supuestamente engañosas hechas por una empresa a sus accionistas. Aunque el caso no involucra un préstamo bancario, puede proporcionar una analogía útil para una demanda por representación falsa.

B) Caso Cement Roadstone España: STS 30-01-2008 (RJ 222/2008)[839]

a) Antecedentes del Caso

El caso involucra a Cement Roadstone España, S.A. (CRE) demandando a Cementos Alfa, S.A. y otras compañías, solicitando la validación de un contrato firmado en Londres el 19 de noviembre de 1991, el incumplimiento de dicho contrato por las empresas demandadas, y la exigencia de que cumplan con lo acordado en el contrato, incluyendo daños y perjuicios.

La Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación de CRE, confirmando la sentencia inicial que no reconocía el acuerdo como un contrato legalmente vinculante. La sentencia identifica dos cuestiones principales: la naturaleza del precontrato y la *culpa in contrahendo* (responsabilidad por incumplir negociaciones previas al contrato).

La sentencia argumenta que el acuerdo no cumple con los requisitos de un precontrato, ya que faltan elementos esenciales como la definición precisa del objeto y presupuestos.[840] Además, no hay evidencia de *culpa in contrahendo*, ya que ninguna de las partes incumplió injustificadamente las negociaciones previas. Así, la sentencia rechaza la demanda de CRE y desestima la aplicación del

---

especificidad de la Regla 9(b), ya que identificaba las circunstancias del supuesto fraude de manera que el demandado pudiera preparar una respuesta adecuada.

839 *Cement Roadstone España, S.A. v. Cementos Alfa, S.A., et al*, STS 30-01-2008 (RJ 222/2008), en adelante *Caso Cement Roadstone*.

840 Por otra parte, Gómez Calle (1994) menciona la importancia de la buena fe, el deber de informar y la importancia de responder a las preguntas de manera veraz y proporcionar información precisa (p. 87-90).

artículo 1902 del Código Civil, que aborda la indemnización por daños y perjuicios en casos de *culpa in contrahendo*. En resumen, el tribunal determina que no existe un precontrato o acuerdo vinculante, y por lo tanto, no hay base para exigir cumplimiento o indemnización.

b) Análisis del Caso

Con los elementos detallados para *Misrepresentation* y *Culpa in contrahendo* (CIC), reanalizamos el caso de Cement Roadstone España (CRE) contra Cementos Alfa, S.A.

Bajo la teoría de la *Misrepresentation*, no hay indicación en el caso de que Cementos Alfa o las otras compañías hayan hecho afirmaciones falsas o engañosas a CRE durante las negociaciones o en la formación del contrato. Asimismo, la falta de evidencia de declaraciones falsas implica también la ausencia de fraude. No se menciona que Cementos Alfa haya engañado intencionadamente a CRE.

De otra parte, aunque CRE podría haber confiado en las declaraciones hechas por Cementos Alfa, no hay indicación de que estas declaraciones fueran falsas o fraudulentas. Finalmente, la confianza de CRE en las declaraciones de Cementos Alfa no parece haber sido mal puesta, dado que no hay evidencia de declaraciones falsas o fraudulentas.

Por otro lado, en cuanto a la teoría de la CIC, no hay indicaciones de que Cementos Alfa haya incumplido un deber de cuidado hacia CRE en el contexto del acuerdo precontractual. Tampoco se menciona que Cementos Alfa haya retenido información crucial o haya fallado en informar a CRE sobre aspectos críticos del acuerdo. Por tanto, no parece haber una violación del deber de informar.

De otro lado, con respecto a la Ruptura maliciosa de negociaciones preliminares, aunque hubo negociaciones serias, la falta de elementos esenciales en el acuerdo sugiere que estas no llegaron a un

nivel de seriedad que implicara un contrato vinculante. Es decir, no se indica que Cementos Alfa haya roto las negociaciones de mala fe.

De esta forma, aunque CRE pudo haber sufrido daños por el fracaso del acuerdo, estos no parecen estar directamente relacionados con una ruptura maliciosa de las negociaciones. Finalmente, no hay evidencia de que CRE haya tenido una confianza defraudada que causara daño.

En conclusión, bajo el marco de *Misrepresentation*, parece que no hay suficientes elementos para sostener que hubo representaciones falsas o fraudulentas por parte de Cementos Alfa. Por otro lado, la teoría de CIC también parece no aplicarse, ya que no hay evidencia de incumplimiento del deber de cuidado o informar, ni de ruptura maliciosa de las negociaciones. En resumen, bajo ambos marcos, no parece haber una base sólida para sostener la demanda de CRE.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Para establecer una demanda por representación falsa, el demandante generalmente debe probar que el demandado hizo una representación falsa material, con la intención de defraudar al demandante, que el demandante confió razonablemente en la representación, y que el demandante sufrió daños como resultado.

Las autoridades encontradas en la investigación proporcionan orientación sobre los elementos de una demanda por representación falsa. Varias autoridades, como *Ace Hardware Corp. v. Landen Hardware*,[841] *LLC*, 883 F. Supp. 2d 739 (N.D. Ill.

841 Seguido por *Ace Hardware Corp. v. Landen Hardware*, *LLC*, 883 F. Supp. 2d 739 (N.D. Ill. 2012; *Vazquez v. Omni Hotels Mgmt. Corp.*, No. 17-cv-1019 (N.D. Ill. Dec. 3, 2018); *Ericson v. Stolfe*, No. 17 C 1434 (N.D. Ill. Sep. 12, 2018); *Roberts v. Dart*, 16 C 5560 (N.D. Ill. Mar. 7, 2018); *Deacon v. Peninsula Chi., LLC*, No. 16-cv-1464 (N.D. Ill. Aug. 17, 2017).

2012);[842] *Degirmenci v. Lauderdale*,[843] 693 F. Supp. 2d 1325 (S.D. Fla.

842 En el caso "*Ace Hardware v. Landen Hardware y otros*", el Tribunal de Distrito evaluó las acusaciones de Ace Hardware de incumplimiento de contrato y garantía personal contra Landen Hardware, Marketplace Hardware y los individuos William y Linda Lovett. Los franquiciados y los Lovetts alegaron que la representación errónea o falsa por parte de Ace debía aplicar la doctrina de *estoppel* equitativo para impedir la recuperación por parte de Ace. Sin embargo, el tribunal determinó que las cláusulas de exención en los contratos, que transferían todos los riesgos de los negocios a los franquiciados y negaban la responsabilidad de Ace por el éxito o fracaso de las tiendas, hacían que cualquier confianza en las representaciones de Ace fuera irrazonable. En consecuencia, el tribunal desestimó la defensa de *estoppel* equitativo, otorgando el juicio sumario a favor de Ace. Además, se determinó que las garantías personales firmadas por los Lovetts eran incondicionales y excluían cualquier defensa contra la responsabilidad, incluida la representación errónea, lo que resultó en la aceptación de la moción de Ace en relación con los reclamos de incumplimiento de garantía.

843 Seguido por *Degirmenci v. Lauderdale*, 693 F. Supp. 2d 1325 (S.D. Fla. 2010); *Edward v. Bank of Am.*, N.A., CIVIL ACTION No. 1:11 -CV-2465-RWS-LTW (N.D. Ga. Aug. 2, 2012); *Redus El, LLC v. Pointe W. Master Prop. Owners Ass'n*, 2:22-cv-14308-CANN/MCCABE (S.D. Fla. Dec. 14, 2022); *Hyundai Motor Am. Corp. v. EFN W. Palm Motor Sales, LLC*, 20-cv-82102-MATTHEWMAN (S.D. Fla. Nov. 15, 2022); *Molbogot v. MarineMax E., Inc.*, 20-cv-81254-MATTHEWMAN (S.D. Fla. July 11, 2022); *Brooks v. U.S. Dep't of Veterans Affairs*, No. 20-cv-23114-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Mar. 31, 2021); *Flemings v. Miami-Dade Cnty.*, No. 20-cv-21406-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Jan. 14, 2021); *Brooks v. U.S. Dep't of Veterans Affairs*, No. 20-cv-23114-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Jan. 7, 2021); *Pyatt v. Fla. Int'l Univ. Bd. of Trs.*, No. 1:20-cv-24085-BLOOM/Otazo-Reyes (S.D. Fla. Nov. 24, 2020); *Feng v. Walsh*, No. 19-24138-CIV-GAYLES/OTAZO-REYES (S.D. Fla. Sep. 14, 2020); *Pyatt v. Gimenez*, No. 1:20-cv-20827-BLOOM/Louis (S.D. Fla. July 14, 2020); *QSR S. Grp. v. A & A Rest. Holdings*, No. 2:19cv781-FtM-TPB-MRM (M.D. Fla. Apr. 9, 2020); *McNamara v. Fla. Power & Light Co.*, No. 17-cv-81181-BLOOM/Hopkins (S.D. Fla. Jan. 26, 2018); *Orlando Int'l Hotels, LLC v. Nanosky (In re First Farmers Fin. Litig.)*, No. 14 CV 7581 (N.D. Ill. Dec. 5, 2017); *Marine Sols., L.L.C. v. Gulf Coast Aggregates, L.L.C.*, No. 4:16cv482-RH/CAS (N.D. Fla. Jan. 6, 2017); *Lee v. Conocophillips Co.*, No. CIV-14-1391-D (W.D. Okla. Dec. 30, 2016); *Jewelry Repair Enters., Inc. v. Son Le Enters., Inc.*, Civil Action No. 9:15-cv-81622-BB (S.D. Fla. Feb. 11, 2016); *Eads v. Allstate Indem. Co.*, No. 14-CIV-61791-BLOOM/Valle (S.D. Fla. Nov. 17, 2014); *Ferrerr v. U.S. Bank*, N.A., No. 14-CIV-20741-BLOOM/Valle (S.D. Fla. Sep. 15, 2014); *Akiki v. Greentree Servicing, LLC*, No. 14-CIV-80321-BLOOM/Valle (S.D. Fla. July 30, 2014); *Sec. & Exch. Comm'n v. Levin*, No. 12-21917-CIV-ROSENBAUM/SNOW (S.D. Fla. Oct. 10, 2013); *Sig, Inc. v. at & T Digital Life, Inc.*, 971 F. Supp. 2d 1178 (S.D. Fla. 2013); *Guarantee Ins. Co. v. Brand Mgmt. Serv., Inc.*, (S.D. Fla. Aug. 22, 2013); *Kuehne v. FSM Capital Mgmt., LLC*, No. 12-80880-CIV-ROSENBAUM/SELTZER (S.D. Fla. Apr. 29, 2013); *Cherrone v. Florsheim Dev.*, No. CIV. 2:12-02069 WBS CKD (E.D. Cal. Feb. 27, 2013); *Advance Produce, Inc. v. Isadore A. Rapasadi & Sons, Inc.*, No. 12-21917-CIV-ROSENBAUM/SNOW (S.D. Fla. Feb. 14, 2013); AMPA *Capital, Ltd.*

2010);[844] y *Wall v. CSX Transportation, Inc.*,[845] 471 F.3d 410 (2d Cir.

v. Rozen, No. 12-60961-CIV-COHN/SELTZER (S.D. Fla. Dec. 5, 2012); *Cherrone v. Florsheim Dev.*, No. CIV. 2:12-02069 WBS CKD (E.D. Cal. Dec. 4, 2012); *Oginsky v. Paragon Properties of Costa Rica Llc*, 784 F. Supp. 2d 1353 (S.D. Fla. 2011); *Spring Air International v. R.T.G. Furniture Corp.*, No. 8:10-cv-1200-T-33TGW (M.D. Fla. Oct. 19, 2010); *Browning-Fote v. Frederick J. Hanna Associates, P.C.*, CV 210-015 (S.D. Ga. May 13, 2010); *Immediate Capital Group v. Spongetech Delivery System*, CASE NO.: 10-60059-CIV-HUCK/O'SULLIVAN (S.D. Fla. Apr. 22, 2010); *In re 929485 Fla., Inc.*, No. 8:19-bk-09424-CED (Bankr. M.D. Fla. Apr. 20, 2021); *Dutra v. Kaplan*, 137 So. 3d 1190 (Fla. Dist. Ct. App. 2014); entre otros.

844 En el caso analizado, el Tribunal de Distrito, bajo la dirección del juez William Dimitrouleas, trató extensamente las acusaciones de representación falsa o errónea en un contexto de venta inmobiliaria. La demandante alegó que los acusados, involucrados en el desarrollo y venta de un proyecto de condominios, incurrieron en violaciones del Acta de Divulgación Completa de Ventas de Tierras Interestatales (ILSFDA) y del Acta de Condominios de Florida, específicamente en lo que respecta a la provisión de información inexacta y la inducción al error. Entre las alegaciones más significativas estaba la acusación de que se proporcionaron informes de propiedad incorrectos y se hicieron declaraciones falsas sobre la identidad del desarrollador y otros aspectos clave del proyecto, lo cual fue considerado por la demandante como un esquema para defraudar a los compradores.
Sin embargo, el Tribunal encontró que estas reclamaciones no cumplieron con los estándares de precisión y detalle requeridos para sostener acusaciones de fraude. Las reclamaciones basadas en representaciones falsas o erróneas fueron desestimadas, tanto con como sin posibilidad de enmienda, debido a su falta de particularidad y claridad. Esta decisión subraya la importancia de la precisión en la formulación de alegatos de fraude y la necesidad de que las reclamaciones estén respaldadas por alegaciones específicas y detalladas que demuestren claramente cómo las acciones de los acusados constituyeron una representación falsa o errónea, llevando a un error significativo y mensurable por parte de la demandante.

845 Seguido por *Wall v. CSX Transportation, Inc.*, 471 F.3d 410 (2d Cir. 2006; *Aviles v. S&P Glob., Inc.*, 380 F. Supp. 3d 221 (S.D.N.Y. 2019); *Giuffre Motor Car Co. v. Kia Motors Am., Inc.*, 15-CV-4514 (MKB) (E.D.N.Y. Sep. 29, 2016); *Fierro v. Gallucci*, No 06-CV-5189 (JFB) (WDW) (E.D.N.Y. May 12, 2008); *Shetel Indus. v. Adin Dental Implant Sys.*, 493 F. Supp. 3d 64 (E.D.N.Y. 2020); *Coughlan v. Jachney*, 473 F. Supp. 3d 166 (E.D.N.Y. 2020); *Integrated Constr. Enters., Inc. v. GN Erectors, Inc.*, 16 Civ. 5561 (PAE) (S.D.N.Y. Feb. 10, 2020); *Christian v. Transperfect Glob., Inc.*, 17-cv-5554 (PKC) (S.D.N.Y. Sep. 24, 2018); *AFP Mfg. Corp. v. AFP Imaging Corp.*, No. 17-CV-03292 (NSR) (S.D.N.Y. July 5, 2018); *Mohegan Lake Motors, Inc. v. Maoli*, No. 16-CV-06717 (NSR) (S.D.N.Y. Dec. 6, 2017); *Downs v. Andrews*, CIVIL ACTION No. 13-5788 (E.D. Pa. Dec. 18, 2014); *Jewell Coke Co. v. Arcelormittal USA, Inc.*, 756 F. Supp. 2d 858 (N.D. Ohio 2010); *Cohen v. Sudler Hennessey, LLC*, 10 Civ. 4321 (DLC) (S.D.N.Y. Aug. 31, 2010); *Doe v. Roe*, No. 20-14456 (11th Cir. May 9, 2022); *NRW, Inc. v. Bindra*, No. 18-2275-cv (2d Cir. June 4, 2019); *FPP, LLC v. Xaxis US, LLC*, 18-1028-cv (2d Cir. Apr. 10, 2019); *Spinelli v. Nat'l Football League*, 903 F.3d 185 (2d Cir. 2018); *Hampton v. R.J. Corman R.R. Switching*

2006),[846] discuten los elementos de demandas por fraude o represen-

---

Co., 683 F.3d 708 (6th Cir. 2012); *Miller v. Holtzbrinck Publishers, L.L.C*, 377 F. App'x 72 (2d Cir. 2010); *Roche Freedman LLP v. Cyrulnik*, 21-cv-1746 (JGK) (S.D.N.Y. Nov. 24, 2023); *The Learning Experience Sys. v. Collins*, 20-CV-2504 (MKB) (E.D.N.Y. Sep. 7, 2023); *Liberty Mut. Fire Ins. Co. v. Zurich Am. Ins. Co.*, 22-CV-499 (RA) (S.D.N.Y. Aug. 3, 2023); *Scalercio-Isenberg v. Goldman Sachs Mortg. Co.*, 21 Civ. 4124 (KPF) (S.D.N.Y. Aug. 9, 2022); *The Phx. Cos. v. Concentrix Ins. Admin. Sols. Corp.*, 554 F. Supp. 3d 568 (S.D.N.Y. 2021); *Catala v. Joombas Co.*, 18 Civ. 8401 (PGG) (S.D.N.Y. May 20, 2021); *Sussman Sales Co. v. VWR Int'l, LLC*, 20 Civ. 2869 (KPF) (S.D.N.Y. Mar. 26, 2021); *Doe v. Roe*, 500 F. Supp. 3d 1319 (S.D. Fla. 2020); *Coinmint, LLC v. Main Mill St. Invs.*, 8:18-CV-1404 (GTS/CFH) (Lead Case) (N.D.N.Y. Aug. 26, 2019); *Dish Network Corp. v. ACE Am. Ins. Co.*, 431 F. Supp. 3d 415 (S.D.N.Y. 2019); *Hastad v. Hippos in Tanks, LLC*, 17-CV-2518 (VEC) (S.D.N.Y. Mar. 15, 2019); *Blau v. Allianz Life Ins. Co. of N. Am.*, 14-CV-3202 (NGG) (VMS) (E.D.N.Y. Feb. 15, 2018); *U.S. Reg'l Econ. Dev. Auth., LLC v. Matthews*, 3:16-cv-01093 (CSH) (D. Conn. Dec. 4, 2017); *Michael v. GLD Foremost Holdings, LLC*, 240 F. Supp. 3d 326 (M.D. Pa. 2017); *Horti Ams., LLC v. Steven Produce King, Inc.*, 16 Civ. 889 (ILG) (RER) (E.D.N.Y. Nov. 21, 2016); *Ferguson v. Ferrante*, 13-CV-4468 (VEC) (S.D.N.Y. May 27, 2015); *First Hill Partners, LLC v. Bluecrest Capital Management Ltd.*, 52 F. Supp. 3d 625 (S.D.N.Y. 2014); *Al Maya Trading Establishment v. Global Export Mktg. Co.*, 14 Civ. 275 (PAE) (S.D.N.Y. July 15, 2014); *Manney v. Reichert*, 13 CV 4413 (SJF)(GRB) (E.D.N.Y. Mar. 28, 2014); *Milone v. Fid. Nat'l Ins. Co.*, 13 CV 6331 (SJF)(ARL) (E.D.N.Y. Dec. 3, 2013); *Parish Merriweather v. Metro. Prop. & Cas. Ins. Co.*, 13 CV 5976 (SJF)(AKT) (E.D.N.Y. Dec. 3, 2013); entre otros.

846 El caso *Wall v. Consolidated Rail Corp.* aborda la cuestión de la representación falsa en el contexto de un acuerdo de conciliación. Douglas Wall, empleado de Conrail, alegó haber sido inducido fraudulentamente por Conrail a renunciar y firmar un acuerdo de conciliación bajo promesas falsas. Estas promesas incluían la facilitación de empleo en Amtrak por parte de Conrail, la provisión de referencias laborales neutrales y la no interferencia en sus relaciones laborales futuras. Wall argumentó que estas promesas eran falsas y conocidas como tales por Conrail en el momento de hacerlas. Basándose en estas promesas, renunció a una demanda personal pendiente y firmó el acuerdo de conciliación.

Sin embargo, Wall no fue contratado posteriormente por Amtrak ni por otros ferrocarriles y alegó que esto se debió a referencias laborales negativas proporcionadas por Conrail, contrariando su promesa. En respuesta, presentó una acción de diversidad alegando fraude en la inducción y violación de contrato. El Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York, siguiendo el informe del Magistrado Juez Michael H. Dolinger, desestimó la demanda y negó el permiso para presentar una queja enmendada. Wall apeló, argumentando que su reclamo era viable bajo las leyes de Nueva York y Pensilvania y que no estaba prevenido por la Ley Federal de Seguridad Ferroviaria (FRSA). El tribunal de apelaciones vació la decisión del tribunal de distrito, sosteniendo que la reclamación de Wall era viable bajo las leyes de ambos estados y no estaba prevenida por la FRSA, y remitió el caso al tribunal de distrito para procedimientos adicionales.

tación errónea negligente bajo la ley de EE. UU. Generalmente, estos casos requieren que el demandante demuestre que el demandado hizo una representación falsa material, con la intención de defraudar al demandante, que el demandante confió razonablemente en la representación, y que el demandante sufrió daños como resultado.

Algunas de las autoridades, como *Saint-Gobain Indus. Ceramics Inc. v. Wellons*,[847] 246 F.3d 64 (1st Cir. 2001),[848] pueden ser útiles para

847 Seguido por *Saint-Gobain Indus. Ceramics Inc. v. Wellons*, 246 F.3d 64 (1st Cir. 2001; *Neponset Landing Corp. v. Nw. Mut. Life Ins. Co.*, CIVIL ACTION No. 10-11963-JGD (D. Mass. July 18, 2013); *Boyle v. Douglas Dynamics, Llc.*, CIVIL ACTION No. 00-12629-RGS (D. Mass. July 21, 2003); *Boston Gas v. Century Indem*, 529 F.3d 8 (1st Cir. 2008); *Boston Pilots v. Motor Vessel Midnight Gambler*, 357 F.3d 129 (1st Cir. 2004); *Sullivan v. Dumont Aircraft Charter, LLC*, Civil Action 16-10713-DPW (D. Mass. Sep. 29, 2023); Packgen v. Berry Plastics Corp., No. 2:12-cv-80-NT (D. Me. Mar. 7, 2016); *Wash. Int'l Ins. Co. v. Lynch Botelho Corp.*, CIVIL ACTION No. 14-11632-RGS (D. Mass. Oct. 23, 2015); *Rothbaum v. Samsung Telecommunications America, LLC*, 52 F. Supp. 3d 185 (D. Mass. 2014); G.L.M. *Sec. & Sounds Inc. v. Lojack Corp.*, 10-CV-4701 (PKC) (ARL) (E.D.N.Y. Sep. 19, 2014); *Utica National Insurance Group ex rel. Pro Automotive Repair, Inc. v. BMW of North America, LLC*, 45 F. Supp. 3d 157 (D. Mass. 2014); *Rix v. Normand*, 826 F. Supp. 2d 306 (D. Me. 2011); G.L.M. *Security Sound, Inc. v. Corp.*, 10-CV-04701 (JS) (ARL) (E.D.N.Y. Sep. 30, 2011); *Edwards v. Game Tracker Incorporated*, Civil No. 04-145-P-H (D. Me. Jan. 20, 2006); *Tiverton Power Associates Lid. v. Shaw Group*, 376 F. Supp. 2d 21 (D. Mass. 2005); *Crowe v. Bolduc*, Civil No. 01-260-P-DMC (D. Me. Sep. 3, 2003); *INTERSTATE BRANDS CORP. v. LILY TRANSPORTATION CORP*, No. 99-12042-NG (D. Mass. Jan. 31, 2003).

848 El caso entre Saint-Gobain Industrial Ceramics Inc. y Wellons, Inc. se centra en la representación falsa en un contexto contractual. Wellons, dedicada a la fabricación de sistemas de secado de astillas de madera, compró tubos cerámicos de Saint-Gobain para su uso en intercambiadores de calor. Estos tubos fallaron posteriormente, lo que llevó a Wellons a demandar por incumplimiento de garantía y a solicitar la revocación de la aceptación del producto, reclamando más de 1.9 millones de dólares en daños, correspondientes al precio total de los tubos.
El jurado falló a favor de Wellons en su reclamo de garantía, otorgando 650,000 dólares en daños, pero rechazó su petición de revocación de aceptación. Además, el tribunal desestimó la afirmación de Wellons de que Saint-Gobain había infringido el Capítulo 93A de la Ley de Protección al Consumidor y Negocios de Massachusetts. El tribunal otorgó a Wellons intereses antes del juicio desde la fecha en que se completó la entrega de los tubos.
Saint-Gobain apeló esta decisión, argumentando que los intereses debían calcularse desde la fecha en que Wellons presentó su demanda, ya que no se estableció una fecha de incumplimiento por parte del jurado. Wellons apeló la denegación de

los principios generales del derecho contractual, como la importancia de establecer la fecha de incumplimiento para propósitos de calcular intereses previos al juicio o la ejecutabilidad de acuerdos orales.

C) Caso Gata Capital: STS 11-02-2016 (RJ 502/2016)[849]

a) Antecedentes del Caso

El caso involucra a Gata Capital, S.L., que demandó a Valle de Brea, S.L. por un contrato para la cesión de una parcela de tierra para una construcción futura; y un contrato de enriquecimiento injusto contra los mediadores Don Alfredo y Don Argimiro, pidiendo una indemnización por daños y perjuicios. Los demandados solicitaron ser absueltos. Inicialmente, el tribunal dictó una sentencia parcialmente favorable a Gata Capital, condenando a Don Alfredo y Don Argimiro a indemnizar. Sin embargo, tras recursos de apelación, la sentencia se modificó: Don Alfredo fue absuelto y Gata Capital tuvo que pagar las costas del juicio. Posteriormente, se interpuso un recurso de casación.

La segunda instancia reconoció el derecho de Don Alfredo a una retribución por sus servicios de mediación según el contrato establecido.

Con respecto al contrato de cesión del terreno, se consideró que no existió mala fe en los tres contratos de opción sucesivos y se concluyó que la parte cedente (demandada Valle de Brea) no actuó

---

su reclamación bajo el Capítulo 93A. El tribunal de apelaciones revisó las leyes comerciales de Massachusetts, en particular con respecto a la adjudicación de intereses previos al juicio. Confirmó la negación de la reclamación de Wellons bajo el Capítulo 93A y revocó y remitió la decisión sobre los intereses previos al juicio. El tribunal concluyó que Saint-Gobain no había incurrido en prácticas comerciales engañosas o injustas bajo el Capítulo 93A, a pesar de la determinación de incumplimiento de garantía por parte del jurado. Respecto a los intereses previos al juicio, el tribunal revocó la decisión del tribunal de distrito de otorgarlos desde la fecha de entrega y remitió para que se otorgaran desde la fecha en que Wellons presentó su contrademanda.

849 El caso es *Gata Capital, S.L. v. Valle de Brea, S. L.*, en adelante "Caso Gata Capital".

con dolo. Se enfatizó que la demandante (cesionaria, Gata Capital, SL) estaba consciente de la situación, evidenciado por un anticipo pagado, sabiendo que el contrato podría no finalizarse y que el cedente devolvería el dinero si esto sucedía. Además se alegó que Gata Capital no ejercitó el derecho de opción antes de su expiración y que estaba debidamente informada.

El tribunal determinó que, dado que el contrato principal de cesión no se ejecutó, no era necesario evaluar la responsabilidad precontractual. Se descartó que hubiera una confianza legítima en la finalización del contrato por parte de la cesionaria, considerando que la falta de ejecución del derecho de opción por parte del optante extinguió la relación negocial. Se argumentó que la creación de confianza razonable para concluir el contrato proyectado depende de la actuación del optante.

En resumen, la demanda por responsabilidad precontractual fue desestimada al considerar que no se generó una confianza razonable en la conclusión del contrato, y que no se probó mala fe por parte del demandado. La teoría del RINP (Responsabilidad Precontractual) se aplicó, pero se concluyó que el elemento de buena o mala fe hacía difícil la prueba y el cumplimiento de la carga probatoria por parte del demandante.

b) Análisis del Caso

El caso mencionado presenta varias complejidades relacionadas con la responsabilidad precontractual, específicamente en el marco de la teoría de la responsabilidad precontractual (RINP) y la *culpa in contrahendo* (CIC). Vamos a analizar algunos puntos clave del caso bajo estos marcos teóricos:

1. Responsabilidad Precontractual y *Culpa in contrahendo* (CIC): Deber de Cuidar y Deber de Informar: En este caso, se analiza la conducta de las partes durante la fase precontractual. Parece que no se identificó un incumplimiento claro del deber de cuidar o

de informar por parte de la cedente. El tribunal concluyó que no hubo mala fe o dolo en la extensión de los contratos de opción, lo que indica que no se violó el deber de cuidar ni el deber de informar en el sentido tradicional de la CIC.

2. Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares:
   - Existencia de Tratativas Serias y Concretas: Se reconoce que hubo negociaciones serias, evidenciadas por la existencia de múltiples contratos de opción.
   - Ruptura Maliciosa o de Mala Fe: El tribunal encontró que no hubo mala fe en la conducta de la cedente. Esta conclusión es crucial, ya que la alegación de mala fe es un componente central de la RINP y la CIC en lo que respecta a la ruptura de negociaciones.
3. Elementos del *Misrepresentation*:
   - Aseveración Fraudulenta: No se encontró que la cedente hubiera hecho afirmaciones fraudulentas.
   - Confianza Justificada del Receptor: Aunque Gata Capital pudo haber confiado en la continuidad del negocio, el tribunal no consideró esta confianza como justificada en el marco de una relación negocial que dependía del ejercicio de un derecho de opción.
   - Daño Causado por la Confianza Defraudada: Dado que no se estableció una confianza justificada, tampoco se consideró el daño como relacionado con una confianza defraudada.
4. Valoración de la Prueba y el Onus Probandi: El tribunal se centró en la evaluación de la prueba presentada, en particular sobre la mala fe alegada por Gata Capital. El rechazo del tribunal a considerar la mala fe se basa en la interpretación de las pruebas y en la valoración de que la cesionaria estaba consciente de las condiciones y los riesgos del negocio.
5. Conclusión del Tribunal:

La corte concluyó que, debido a que no se ejecutó el contrato principal de cesión, no se generó una confianza razonable en su conclusión. Esto llevó a la desestimación de la responsabilidad precontractual, ya que la ruptura injustificada de las negociaciones son elementos clave en este tipo de responsabilidad.

En resumen, este caso ilustra la complejidad de probar la mala fe y la confianza defraudada en el contexto de la *culpa in contrahendo* y el *misrepresentation*. Ambas figuras llegan al mismo resultado. En el appendix III se analiza el mismo caso, pero a la luz comparativa del *Promissory estoppel*, cuya doctrina se elabora en el capítulo V de esta obra, con resultados diferentes a los alcanzados por la CIC o la *misrepresentation*.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades indican que para una demanda por representación errónea es necesario probar una declaración falsa e intencionada sobre un hecho material, con el objetivo de engañar e inducir la confianza, causando daños al demandante. Sin embargo, los elementos específicos pueden variar según la jurisdicción y los detalles del caso.

El caso de *Pardee v. Consumer Portfolio Servs., Inc.*, 922 F. Supp. 2d 243 (D.R.I. 2013)[850] establece la necesidad de probar la representación errónea intencionada de un hecho material.

850 En este caso legal, Jonathan H. Pardee y otros demandantes (Plaintiffs) entablaron una demanda contra Consumer Portfolio Services, Inc. (CPS, Defendant) relacionada con un acuerdo de indemnización formado durante la venta de una compañía en 1997. La compañía vendida, que administraba pagos estructurados a víctimas de lesiones personales, fue adquirida por asociados de CPS, con CPS actuando como indemnizador condicional. Posteriormente, CPS rechazó indemnizar a los demandantes alegando que habían realizado representaciones falsas en el momento de la transacción. Sin embargo, el tribunal determinó que CPS no demostró confianza de estas representaciones ni que estas fueran la causa directa de sus daños. Además, el tribunal encontró que CPS estaba al tanto de las modificaciones en los acuerdos de fideicomiso de la compañía vendida a través de una investigación independiente.

Orbis Glob. Equity Fund v. NortonLifelock Inc.,[851] No. CV-21-01995-PHX-JJT (D. Ariz. Feb. 7, 2023)[852] aborda conceptos como falsedad y materialidad en el contexto de litigios por fraude de valores.

Van Den Heuvel v. AI Credit Corp., 951 F. Supp. 2d 1064 (E.D. Wis. 2013)[853] es relevante para entender los elementos de una demanda

---

Como resultado, el tribunal otorgó un juicio sumario a favor de los demandantes, confirmando la validez y aplicabilidad del acuerdo de indemnización contra CPS. Se determinó que CPS era responsable de indemnizar a los demandantes por los gastos legales incurridos a raíz de las demandas resultantes del incumplimiento de SSTAI en sus obligaciones de pago tras la venta. Este fallo se centró únicamente en la cuestión de responsabilidad, dejando pendiente la determinación de los daños.

851 Seguido por *York Cnty. ex rel. Cnty. of York Ret. Fund v. HP, Inc.*, 65 F.4th 459 (9th Cir. 2023).

852 En el caso Orbis Investment Management Limited contra NortonLifelock Inc. (anteriormente Symantec Corporation) y los individuos Gregory S. Clark, Nicholas R. Noviello, y Mark S. Garfield, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Arizona examinó acusaciones de representación falsa y conducta fraudulenta por parte de los demandados en relación con la venta de acciones comunes de Symantec. Los demandantes, Orbis Investment Management Limited, alegaron que incurrieron en pérdidas financieras significativas debido a las representaciones engañosas sobre el rendimiento financiero y las prácticas contables de Symantec durante un período relevante. Específicamente, se afirmó que Symantec, bajo la dirección de los demandados, manipuló sus declaraciones financieras y prácticas de informes no GAAP (Normas de Contabilidad Aceptadas Generalmente) para presentar de manera engañosa un desempeño empresarial más robusto de lo que en realidad era, influyendo así en las decisiones de inversión de los demandantes.
El tribunal, presidido por el Juez John J. Tuchi, encontró mérito en varias de las acusaciones sustantivas, permitiendo que el caso procediera en parte mientras desestimaba otros reclamos. En particular, se abordaron las alegaciones de que Symantec engañó a los inversores al clasificar incorrectamente ciertos gastos como costos de "transición y transformación", lo que resultó en una representación inexacta y exagerada de los ingresos operativos no GAAP de la compañía. Además, se trataron las alegaciones sobre la manipulación en la duración de los contratos para inflar artificialmente los ingresos diferidos, así como las afirmaciones de que los acusados certificaron falsamente la efectividad de los controles internos de Symantec sobre la información financiera y los procedimientos de divulgación, a pesar de las deficiencias significativas en dichos controles.

853 Seguido por *York Cnty. ex rel. Cnty. of York Ret. Fund v. HP, Inc.*, 65 F.4th 459 (9th Cir. 2023).

por representación errónea y cuándo surge un deber de divulgar.[854] Finalmente, *RCBA Nutraceuticals LLC v. Proampac Holdings Inc.*, No. 23-CV-305 (E.D. Wis. June 29, 2023)[855] trata sobre la aplicabilidad de los estatutos de limitaciones en acciones como fraude y conspiración civil.

854 En el caso de Ronald H. Van Den Heuvel contra varias entidades financieras y aseguradoras, la cuestión central gira en torno a acusaciones de representación falsa relacionadas con un esquema de financiamiento de primas de seguros. Van Den Heuvel y otros demandantes alegaron que los acusados, entre ellos A.I. Credit Corporation (AICC), Phoenix Life Insurance Company, y otros, promovieron un programa de financiamiento de primas de seguros denominado "Capital Maximization Strategy" (CMS). Este programa, según los demandantes, estaba plagado de proyecciones financieras engañosas y suposiciones de mercado poco realistas, diseñadas para inducir a los asegurados a invertir grandes sumas de dinero bajo la promesa de que, con el tiempo, las pólizas se autofinanciarían.
Los demandantes argumentaron que las proyecciones proporcionadas por AICC y otras entidades no cumplían con la ley aplicable y eran materialmente falsas y engañosas. Específicamente, se alegó que los demandados ocultaron los riesgos asociados con la concentración de grandes sumas de seguros en un solo asegurador, proporcionaron una descripción unidimensional de las tasas de interés y no divulgaron que el incumplimiento en el pago de las primas resultaría en la pérdida de una inversión significativa en la póliza, la pérdida de garantías y la activación de una obligación inmediata de reembolsar los préstamos de las primas. También se alegó que los demandados no informaron que los requisitos de garantía aumentarían después del primer año. Los demandantes sostuvieron que estos actos constituyeron una representación falsa, llevándolos a tomar decisiones de inversión basadas en información engañosa.

855 En el caso de RCBA Nutraceuticals, LLC contra ProAmpac Holdings, Inc., la demanda se centra en alegaciones de representación falsa y otras infracciones contractuales y extracontractuales. RCBA Nutraceuticals, una empresa de suplementos nutricionales, acusó a ProAmpac de fabricar bolsas de plástico defectuosas para sus productos, alegando violaciones de garantías implícitas de idoneidad y comerciabilidad, así como incumplimiento de contrato como beneficiario tercero, conspiración civil, representación falsa fraudulenta y negligencia. RCBA sostuvo que ProAmpac, tras adquirir PolyFirst, asumió las responsabilidades de fabricación y entregó bolsas defectuosas que causaron daños económicos significativos a RCBA, incluyendo la necesidad de retirar productos del mercado y otorgar reembolsos.
ProAmpac desafió la jurisdicción del tribunal sobre el caso y argumentó que las reclamaciones de RCBA estaban impedidas por los estatutos de limitaciones aplicables y la doctrina de pérdida económica. El tribunal rechazó la moción de ProAmpac para desestimar por falta de jurisdicción personal, pero aceptó parte de su argumento sobre el incumplimiento de las reclamaciones. Se determinó que las demandas contractuales de RCBA estaban regidas por estatutos de limitaciones de cuatro años, y como tales, sus reclamaciones por incumplimiento de garantías implícitas

D) Caso Plus Ultra:[856] STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009)

a) Antecedentes del Caso

En el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Alcobendas, se desarrolló un complejo caso legal que involucró a varias partes interesadas. Por un lado, Dª Carla, Don Nazario, Don Octavio y la empresa "Riojana de Fincas, S.A." presentaron una demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra la empresa "Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros". La demanda buscaba la entrega de una póliza de seguro según un contrato acordado en 1999 y el pago de ciertas cantidades por concepto de viudedad y orfandad, incluyendo intereses moratorios y gastos litigiosos.

El caso tiene sus raíces en 1998, cuando Riojana De Fincas, S.A. buscaba un seguro que cubriera a sus directivos en temas de jubilación y fallecimiento. Plus Ultra presentó un proyecto de seguro específico, incluyendo a D. Nemesio con sumas aseguradas por viudedad y orfandad. Sin embargo, a pesar de varias comunicaciones y la emisión de borradores de pólizas, no se concretaron las pólizas para viudedad y orfandad, faltando los reconocimientos médicos y otros detalles.

El juzgado emitió una sentencia en 2002, determinando que el documento titulado "Proyecto de seguro para el Grupo RIOFISA" era una propuesta vinculante para formar un contrato de seguro, obligando a Plus Ultra a formalizar una póliza de seguro de vida y pensiones. No obstante, en otra interpretación judicial, se concluyó

---

y contrato, junto con la demanda por negligencia, fueron desestimadas por estar fuera de plazo. Además, se concluyó que las reclamaciones de conspiración civil y representación falsa fraudulenta estaban obstruidas por la doctrina de pérdida económica, ya que los daños alegados eran esencialmente económicos y debían abordarse bajo el derecho contractual.

856 *Juan Contreras Sánchez En Nombre Y Representación De Doña Carla, D. Nazario Y D. Octavio y Riojana De Fincas, S.A. v. Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros*, S.A., STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009), en adelante "Plus Ultra".

que no existía un contrato de seguro en vigor, debido a la falta de concreción de elementos esenciales como la salud de los asegurados y la ausencia de un acuerdo definitivo.

El Tribunal, en sus análisis legales, distinguió entre un precontrato y un pacto de contratar. En este caso, no se cumplían los requisitos de un precontrato, ya que faltaban elementos esenciales y ninguna de las partes se había comprometido al cumplimiento en el momento del accidente. Por tanto, no había un contrato definitivo en vigor.

Finalmente, el Tribunal determinó que no se podía aplicar la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares, ya que no había una relación causal directa entre el fallecimiento del asegurado y las acciones de la demandada en el desarrollo de dichos tratos. La complejidad del caso radicó en la interpretación de los documentos y acuerdos preliminares, y en la determinación de la existencia y alcance de un contrato de seguro.

b) Análisis del Caso

Para analizar cómo las doctrinas del *Misrepresentation* y *Culpa in contrahendo* (CIC), debemos examinar cada doctrina en el contexto del caso y ver cómo podrían justificar el fallo del tribunal.

a. Elementos del *Misrepresentation*

1. Aseveración Fáctica Falsa: Plus Ultra presentó una propuesta de seguro, pero no necesariamente una afirmación Fáctica falsa. Las propuestas son ofertas iniciales sujetas a negociaciones y no promesas firmes.
2. Naturaleza Fraudulenta: No hay indicación de que Plus Ultra tuviera la intención de engañar a RIOFISA o a los demandantes. La propuesta era un borrador sujeto a cambios y aprobación, no una declaración engañosa.

3. Confianza del Receptor: Aunque RIOFISA y los demandantes confiaron en la propuesta, esta confianza podría no ser justificada si entendían que la propuesta era solo un borrador y no una oferta final.
4. Justificación de la Confianza: Si los términos no estaban finalizados y dependían de futuras negociaciones y aprobaciones (como los exámenes médicos), la confianza en la propuesta como un acuerdo final no estaría justificada.

   Bajo estos puntos, la doctrina de *misrepresentation* podría apoyar la decisión del tribunal al concluir que no hubo una representación engañosa por parte de Plus Ultra.

b. *Culpa in contrahendo* (CIC).

1. Deber de Cuidar: Plus Ultra podría haber cumplido con su deber de cuidar proporcionando una propuesta de seguro, pero no tenía la obligación de garantizar la cobertura hasta que se finalizaran todos los términos y condiciones.
2. Deber de Informar: Plus Ultra informó a RIOFISA de los términos propuestos y los cambios necesarios (como los exámenes médicos), lo cual es coherente con su deber de informar.
3. Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares: No hay evidencia de que Plus Ultra haya actuado de mala fe. La falta de una póliza de seguro final se debió a la no finalización de los términos, no a una ruptura maliciosa.

   Por lo tanto, bajo la doctrina de CIC, la negación de la demanda se justifica en el sentido de que Plus Ultra no incumplió sus deberes precontractuales, ya que la propuesta de seguro estaba sujeta a cambios y aprobaciones adicionales.

c. Conclusión

Ambas doctrinas, en este contexto, apoyan la decisión del tribunal de negar la demanda. Bajo el marco de *misrepresentation*,

no se puede afirmar que Plus Ultra hizo declaraciones engañosas con la intención de defraudar. En cuanto a CIC, Plus Ultra cumplió con sus deberes precontractuales y no hubo ruptura maliciosa de las negociaciones. La falta de un contrato definitivo de seguro se debió a la no finalización de los términos necesarios, más que a un incumplimiento por parte de Plus Ultra.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Bajo la ley de Misisipi, por ejemplo, una aseguradora tiene derecho a anular o rescindir una póliza si el solicitante hizo una representación errónea material en la solicitud. Para establecer que se ha hecho una representación errónea material, la aseguradora debe demostrar que la solicitud contiene respuestas falsas, incompletas o engañosas que son materiales para el riesgo asegurado o contemplado por la póliza.

Fireman's Fund Ins. Co. v. Great Am. Ins. Co. of N.Y.,[857] 822 F.3d

857 Seguido por *Fireman's Fund Ins. Co. v. Great Am. Ins. Co. of N.Y.*, 822 F.3d 620 (2d Cir. 2016; *Zim American Integrated Shipping Servs. v. Sportswear Grp.*, 550 F. Supp. 3d 57 (S.D.N.Y. 2021); *RLI Ins. Co. v. AST Eng'g Corp.*, 19cv1649 (DLC) (S.D.N.Y. Dec. 20, 2019); XL *Specialty Ins. Co. v. Prestige Fragrances, Inc.*, 420 F. Supp. 3d 172 (S.D.N.Y. 2019); *Starr Indem. & Liab. Co. v. Marine Envtl. Remediation Grp., LLC*, 17 Civ. 9881 (LGS) (S.D.N.Y. July 27, 2018); *Pac. Life Ins. Co. v. The Bank of N.Y. Mellon*, 17-CV-1388 (KPF) (RWL) (S.D.N.Y. Feb. 22, 2022); *Med-Plus, Inc. v. Am. Cas. Co. of Reading*, 16-CV-2985 (NGG) (JO) (E.D.N.Y. Aug. 3, 2017); *Liberty Mut. Fire Ins. Co. v. Burlington Ins. Co.*, 15 Civ. 3438 (LGS) (S.D.N.Y. July 27, 2016); *D'Amico Dry Ltd. v. Primera Mar. (Hellas) Ltd.*, 886 F.3d 216 (2d Cir. 2018); *Main St. Am. Assurance Co. v. Maven's Bus. Sols. Grp.*, 21 CV 6327 (AMD)(RML) (E.D.N.Y. Dec. 5, 2022); *Safe Harbor Pollution Ins. v. River Marine Enters.*, 593 F. Supp. 3d 82 (S.D.N.Y. 2022); *Lynx Tech. Partners, Inc. v. Pitts Mgmt.*, 18-cv-3881 (ENV) (PK) (E.D.N.Y. June 6, 2021); ZSA ZSA *Jewels, Inc. v. BMW of N. Am.*, 419 F. Supp. 3d 490 (E.D.N.Y. 2019); *Gustavia Home, LLC v. Vaz*, 17-CV-5307 (ILG) (RER) (E.D.N.Y. Aug. 8, 2019); *Fed. Ins. Co. v. Weinstein*, 18 Civ. 2526 (PAC) (S.D.N.Y. Mar. 28, 2019); *Jones v. Meehan*, 14 Civ. 6402 (KPF) (S.D.N.Y. Jan. 16, 2018); *Lanorith v. Truscelli*, 15-CV-617 (NGG) (LB) (E.D.N.Y. Aug. 21, 2017); *Iota Shipholding Ltd. v. Starr Indem. & Liab. Co.*, 16 Civ. 4881 (KPF) (S.D.N.Y. May 31, 2017); *Costa v. Deutsche Bank Nat'l Tr.*, 247 F. Supp. 3d 329 (S.D.N.Y. 2017); *Vigilant Ins. Co. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am.*, 243 F. Supp. 3d 405 (S.D.N.Y. 2017); *Safe Step Walk in Tub Co. v. CKH Indus.*, Inc., 242 F. Supp. 3d 245 (S.D.N.Y. 2017); *Hartford Fire Ins. Co. v. Harborview Marina & Yacht Club Cmty. Ass'n, Inc.*, Civ. No. PJM 16-769 (D. Md. Dec. 9, 2016); *Persh v. Petersen*, 15 Civ. 1414 (LGS) (S.D.N.Y.

620 (2d Cir. 2016)[858] señala que la aseguradora tiene derecho a confiar en la información proporcionada en la solicitud. *Mladineo v. Schmidt*, 52 So. 3d 1154 (Miss. 2011)[859] discute los deberes de los agentes y co-

---

Sep. 13, 2016); *Brettler v. Allianz Life Ins.* Co. of N. Am., 57 F.4th 57 (2d Cir. 2022); *Absolute Nev., LLC v. Baer*, 21-50-cv (2d Cir. Feb. 7, 2022); *RLI Ins. Co. v. AST Eng'g Corp.*, 20-214-cv (Lead) (2d Cir. Jan. 12, 2022); *Brettler v. Allianz Life Ins. Co. of N. Am.*, 19-87-cv (2d Cir. Apr. 9, 2021); *Seguros v. Morales-Vázquez*, No. 19-1503 (1st Cir. Jan. 19, 2021); *Atl. Specialty Ins. Co. v. Coastal Envtl. Grp. Inc.*, 945 F.3d 53 (2d Cir. 2019); *Paca Tr. Creditors of Lenny Perry's Produce, Inc. v. Genecco Produce Inc.*, 913 F.3d 268 (2d Cir. 2019); *Kennedy v. Fed. Express Corp.*, No. 16-3634-cv (2d Cir. Oct. 5, 2017); *Arnone v. Aetna Life Ins. Co.*, 860 F.3d 97 (2d Cir. 2017); *Garrity v. Credit Suisse Sec.* (U.S.) LLC, 23 Civ. 1457 (KPF) (S.D.N.Y. Nov. 16, 2023); *S.R.J.F. Inc. v. Dairy Farmers of Am.*, 2:22-cv-00147 (D. Vt. Sep. 26, 2023); *L.J. v. N.Y.C. Dep't of Educ.*, 20 Civ. 10672 (KPF) (S.D.N.Y. Sep. 6, 2023); entre otros.

858 En el caso relacionado con Fireman's Fund Insurance Company y Signal International, LLC, la corte determinó que las pólizas de seguro emitidas por Great American Insurance Company of New York y Max Specialty Insurance Company (MSI) podían ser anuladas debido a la falta de representación precisa de Signal sobre la condición del dique seco. Signal no reveló adecuadamente el mal estado del dique seco y la falta de reparaciones necesarias, lo cual era información crítica para las aseguradoras al momento de emitir las pólizas. La corte sostuvo que esta omisión de información esencial constituyó una "*misrepresentation*" (representación errónea) significativa, lo que justificó la anulación de las pólizas de seguro bajo la doctrina marítima de *uberrimae fidei* y la ley del estado de Misisipi.

859 Seguido por *Mladineo v. Schmidt*, 52 So. 3d 1154 (Miss. 2011; *Ladner Invs. v. Michael Conway Inc.*, 301 So. 3d 86 (Miss. Ct. App. 2020); *Am. Zurich Ins. Co. v. Guilbeaux*, CAUSE No. 1:16CV354-LG-RHW (S.D. Miss. Apr. 5, 2018); *Mut. of Omaha Ins. Co. v. Driskell*, 293 So. 3d 261 (Miss. 2020); *Hayne v. Doctors Co.*, 145 So. 3d 1175 (Miss. 2014); *Goodwin v. Progressive Gulf Ins. Co.*, CIVIL ACTION No. 3:19-CV-447-CWR-LRA (S.D. Miss. Dec. 10, 2019); *Mears v. Jones*, CIVIL ACTION No. 1:17-CV-6-KS-MTP (S.D. Miss. Aug. 27, 2019); *Insurasource, Inc. v. Fireman's Fund Ins. Co.*, CIVIL ACTION No. 2:11-CV-82-KS-MTP (S.D. Miss. Mar. 8, 2012); *Bell v. Certain Underwriters at Lloyd's London*, 200 So. 3d 447 (Miss. Ct. App. 2016); *Mears v. Jones*, No. 18-60001 (5th Cir. Dec. 6, 2018); *Emerald Coast Finest Produce Co. v. Alterra Am. Ins. Co.*, 864 F.3d 394 (5th Cir. 2017); *Grissom v. Liberty Mut. Fire Ins. Co.*, 678 F.3d 397 (5th Cir. 2012); *King v. Hammet*, CIVIL ACTION No.: 3:18-CV-672-HTW-LRA (S.D. Miss. Sep. 29, 2019); *Deloach v. Allstate Vehicle & Prop. Ins. Co.*, No. 4:18-CV-141-DMB-RP (N.D. Miss. Mar. 29, 2019); *Brandon v. Shelter Mut. Ins. Co.*, CIVIL ACTION No. 1:16-cv-00141-GHD-DAS (N.D. Miss. Feb. 27, 2017); *Isom v. Valley Forge Ins. Co.*, CIVIL ACTION No. 2:16-CV-109-KS-MTP (S.D. Miss. Dec. 13, 2016); *Cotton v. GGNSC Batesville, LLC*, No. 3:13-CV-00169-DMB-SAA (N.D. Miss. Mar. 24, 2015); *Mays v. Mut. of Omaha Ins. Co.*, CIVIL ACTION No. 1:14-CV-00048-SA-SAA (N.D. Miss. Nov. 4, 2014); *Nationwide Ins. Co. v. Lexington Relocation Servs., LLC*, CAUSE NO.: 1:12CV181-SA-DAS (N.D. Miss. Mar. 24, 2014); *Buchert v. Meyers*, CAUSE No. 1:11CV381-LG-JMR (S.D. Miss. Feb. 6,

rredores de seguros, así como el deber de los asegurados de leer sus pólizas.[860] La Corte sostuvo "Sin embargo, encontramos que, si los agentes ofrecen consejos a los asegurados, tienen el deber de ejercer un cuidado razonable al hacerlo. Un jurado debería decidir si se ejerció un cuidado razonable en este caso." Luego la Cortes sentencia:

> Con respecto al elemento del deber en el asunto presente, está establecido que si un agente o corredor de seguros, con la intención de ser compensado, acuerda obtener un seguro para otro y, debido a su negligencia o error, no lo hace, será responsable por cualquier daño que resulte de ello. (McKinnon, 485 So.2d en 297, citando *Simpson v. M-P Enter., Inc.*, 252 So.2d 202, 207 (Miss. 1971)).[861]

2013); *InsuraSource, Inc. v. Phx. Ins. Co.*, 912 F. Supp. 2d 433 (S.D. Miss. 2012); *Pennell v. Wells Fargo Bank, N.A.*, Civil No. 1:10-cv-00582-HSO-JMR (S.D. Miss. July 12, 2012); *Young v. Safeway Ins. Co.*, 807 F. Supp. 2d 599 (S.D. Miss. 2011); *G&B Invs. Inc. v. Henderson* (*In re Evans*), ADV. PROC. No. 10-00040-NPO (Bankr. S.D. Miss. Oct. 7, 2011); *In re Evans*, No. 09-03763-NPO, ADV. PROC. NO. 10-00040-NPO (Bankr. S.D. Miss. Oct. 7, 2011); *Greenwood v. Montpelier U.S. Ins. Co.*, 326 So. 3d 459 (Miss. 2021); *Liberty Mut. Ins. Co. v. Miss. Transp. Comm'n*, 317 So. 3d 937 (Miss. 2021); *Somnus Mattress Corp. v. Hilson*, 280 So. 3d 373 (Ala. 2018); *Robichaux v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.*, No. 2010-CA-00109-SCT (Miss. Dec. 15, 2011); *Automobile Ins. Co. v. Lipscomb*, 75 So. 3d 557 (Miss. 2011); *Johnston v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, 291 So. 3d 410 (Miss. Ct. App. 2020); *O'Brien v. Alfonso*, 240 So. 3d 471 (Miss. Ct. App. 2018); *Porter v. Grand Casino of Miss., Inc.*, 138 So. 3d 952 (Miss. Ct. App. 2014); *Porter v. Grand Casino of Miss., Inc.*, No. 2012-CA-01793-COA (Miss. Ct. App. May 6, 2014); *Haimur v. Allstate Prop. & Cas. Ins. Co.*, No. 20-CV-483-CWR-FKB (S.D. Miss. Apr. 20, 2022); *Cheshier v. Travelers Home & Marine Ins. Co.*, 3:21-CV84-M-RP (N.D. Miss. Aug. 12, 2021); entre otros.

860 El caso *Mladineo v. Schmidt* es relevante porque discute los deberes de los agentes y corredores de seguros, así como el deber de los asegurados de leer sus pólizas.

861 La Corte sostuvo: "Para establecer una representación negligente, se deben demostrar los siguientes elementos: (1) una representación falsa u omisión de un hecho; (2) que la representación u omisión sea material o significativa; (3) que la persona o entidad acusada de negligencia no haya ejercido el grado de diligencia y experiencia que el público tiene derecho a esperar de tales personas o entidades; (4) que el demandante haya confiado razonablemente en la representación u omisión; y (5) que el demandante haya sufrido daños como resultado directo y próximo de dicha confianza razonable."

Por otra parte, en el caso *Patterson v. Liberty Nat. Life Ins. Co.*, 903 So. 2d 769 (Ala. 2004),[862] aborda la defensa de la representación falsa en el contexto de una póliza de seguro, situación similar a nuestro. Liberty National rechazó su reclamación en una carta fechada el 21 de junio de 2001, basándose en presuntas representaciones falsas contenidas en la solicitud de seguro. Citó dos representaciones falsas específicas. Liberty National realizó una investigación estándar al enterarse de la muerte de Bruce L. Patterson. Obtuvieron registros médicos que indicaban que el Sr. Patterson había recibido Beneficios de Seguro Social por Discapacidad desde octubre de 1991, tenía antecedentes de dependencia al alcohol, depresión y ansiedad, y le habían recetado varios medicamentos para tratar estas condiciones. Estos registros sugerían que no se había proporcionado información precisa en la solicitud de seguro.

Por otra parte, en el caso *Alfa Life Ins. Corp. v. Reese*, 185 So. 3d 1091 (Ala. 2015)[863] discute la defensa de la representación errónea en el contexto de una póliza de seguro. El caso de aborda las implicaciones

862 Seguido por *Benchmark Ins. Co. v. Sustainable Energy Sols., Inc.*, No. 1:19-CV-94-WKW [WO] (M.D. Ala. June 28, 2019); *Meador v. Cincinnati Ins. Co.*, 915 So. 2d 60 (Ala. Civ. App. 2005); *Eagle Transp., LLC v. Scott*, CIVIL ACTION No. 2:11-CV-96-KS-MTP (S.D. Miss. May 14, 2012); *Grantham v. Continental Assurance Co.*, Civil Action No. 2:04CV914-F [WO] (M.D. Ala. Dec. 1, 2005); *Wayne Farms LLC v. Primus Builders, Inc.*, 330 So. 3d 468 (Ala. 2020); *Utils. Bd. of Opp v. Shuler Bros., Inc.*, 138 So. 3d 287 (Ala. 2013); *Van Hoof v. Van Hoof*, 997 So. 2d 278 (Ala. 2008); *Grieser v. Advanced Disposal Servs. Ala., LLC*, 252 So. 3d 664 (Ala. Civ. App. 2017); *Jenkins v. Am. Transp., Inc.*, 195 So. 3d 996 (Ala. Civ. App. 2015); *Mills v. Baldwin Transfer Co.*, 148 So. 3d 433 (Ala. Civ. App. 2014); *Ex Parte Salvation Army*, 72 So. 3d 1224 (Ala. Civ. App. 2011); *Berry v. Deutsche Bank Nat. Trust Co.*, 57 So. 3d 142 (Ala. Civ. App. 2010); *Alfa Insurance Co. v. Templeton*, 919 So. 2d 300 (Ala. Civ. App. 2005); entre otros.

863 Seguido por *Desired Temp Servs. Contractors, Inc. v. Nationwide Prop. & Cas. Ins. Co.*, Case No.: 2:17-cv-02149-RDP (N.D. Ala. June 27, 2019); *Vick v. Liberty Mut. Pers. Ins.*, CIV. ACT. 1:22-cv-355-TFM-M (S.D. Ala. Nov. 17, 2023); *Rutherford v. Life Time Fitness, Inc.*, Civil Action 2:21-cv-00377-KOB (N.D. Ala. July 27, 2022); *Integon Nat'l Ins. Co. v. Gomez*, 608 F. Supp. 3d 346 (D.S.C. 2022); *McConico v. Wal-Mart Stores*, No. 7:19-cv-1600-GMB (N.D. Ala. Mar. 23, 2021); *Spina Mktg. Servs., Inc. v. McFadden*, 2:14-cv-00330-JEO (N.D. Ala. Aug. 20, 2015); entre otros.

legales de las misrepresentaciones realizadas en una solicitud de seguro.[864] Las presuntas representaciones fraudulentas consistieron en afirmaciones hechas por los agentes de Alfa de que Lee Reese era elegible para una póliza de $15,000 sin importar sus numerosos problemas de salud preexistentes, a pesar de que el lenguaje expreso de la solicitud[865] indicaba que una persona con tales problemas de salud no era elegible para la cobertura.[866]

---

864 El 14 de abril de 2010, Reese se reunió con Alfa y Griffith para comprar un seguro de vida para su esposo, Lee Reese (en adelante "Lee Reese"). Los demandados completaron una solicitud para asegurar la vida de Lee Reese bajo una póliza de seguro de vida que sería emitida por Alfa, con Reese como beneficiaria nombrada. Reese les informó a los demandados que buscaba obtener un seguro de vida para Lee Reese para tener fondos disponibles para su funeral en caso de su fallecimiento.

865 En su respuesta, Alfa afirmó que la solicitud para la mencionada póliza incluía preguntas dirigidas al asegurado, que fueron contestadas de la siguiente manera: "Bajo el tema de la póliza en cuestión, 'SI CUALQUIER RESPUESTA A LAS SIGUIENTES PREGUNTAS ES 'SÍ', EL ASEGURADO PROPUESTO NO ES ELEGIBLE PARA LA COBERTURA: '¿Alguna vez ha. 'sido diagnosticado con Diabetes que requiera Insulina (inyección o Bomba) o ha tenido. tratamiento para Insuficiencia Renal; [o] Amputación debido a Enfermedad.?' 'Respuesta: 'No'".

866 El caso gira en torno a la demanda de Wanchetta Reese contra Alfa Life Insurance Corporation, Josh Griffith y Judy Russell. Reese alega que los demandados cometieron fraude, mala fe y ultraje, además de incumplir su contrato con ella. En concreto, afirma que Griffith y Russell le aconsejaron que omitiera las condiciones médicas de su marido en la solicitud del seguro de vida, y que Griffith vio la prótesis de su marido, pero aun así le permitió firmar la solicitud en su nombre. Alfa contradice que Reese y su marido hicieron falsas declaraciones y ocultaron hechos sobre su salud, lo que anula la póliza según el Código de Alabama de 1975, § 27-14-7(a). Los demandados argumentan que el caso es similar a un caso anterior, *Colza*, que debería obligar a un juicio sumario a su favor. Sin embargo, Reese sostiene que los casos son distinguibles. El tribunal de primera instancia deniega la moción de los demandados de juicio sumario, pero les permite apelar. El tribunal, en última instancia, revoca la orden del tribunal de primera instancia y devuelve el caso para ulteriores actuaciones, considerando que Reese tenía el deber de leer los documentos y que su confianza en las representaciones de los agentes no era razonable. El tribunal también dictaminó que la información obtenida por los agentes no podía imputarse a Alfa.

Finalmente, *Cooper v. Auto Club Ins*, 481 Mich. 399 (Mich. 2008) aborda los elementos de una demanda por fraude, que incluye la representación errónea.[867]

E) Caso Inveravante: STS 25-06-2014 (RJ 3845/2014)

a) Antecedentes del Caso

El caso en cuestión involucra a Monte Carlo Aviation Corporation (MCA) y a IAGA Gestión de Inversiones S.L., conocida como Inveravante. En 2008, MCA presentó una demanda contra Inveravante en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de A Coruña. El núcleo del conflicto radica en un acuerdo firmado en febrero de 2008, relacionado con la cesión de un contrato de compraventa de una aeronave Falcón 7X, inicialmente entre MCA y Dassault, datado del 7 de marzo de 2005. MCA acusó a Inveravante de incumplir el acuerdo, resolvió el contrato por estos incumplimientos y exigió una compensación de 20.309.939 USD por daños y lucro cesante.

En primera instancia, el Juzgado desestimó la demanda de MCA y la Audiencia Provincial de A Coruña confirmó esta decisión en 2012, imponiendo las costas a MCA. El Tribunal consideró que la carta de

867 El caso, resuelto por la Corte Suprema de Michigan en 2008, gira en torno a las demandantes, Amyruth y Loralee Cooper, quienes sufrieron lesiones en un accidente automovilístico y requirieron atención de enfermería las 24 horas del día. La demandada, Auto Club Ins, es la aseguradora de automóviles de las demandantes. Las demandantes alegan que la demandada pagó insuficientemente por los servicios de atención brindados por su madre, Sharon Strozewski. La demandada argumenta que las reclamaciones de las demandantes están sujetas a la regla de un año de retroceso de MCL 500.3145(1), que limitaría el monto de los beneficios que podrían recuperar. Sin embargo, la Corte Suprema de Michigan finalmente dictaminó que la reclamación por fraude de las demandantes no está sujeta a la regla de un año de retroceso, ya que está separada de una reclamación sin culpa. El tribunal también ofrece orientación sobre cómo evaluar reclamaciones por fraude en este contexto. El tribunal de primera instancia inicialmente había denegado las mociones de la demandada para la disposición parcial sumaria, pero la Corte de Apelaciones revocó parcialmente y remitió el caso. La Corte Suprema de Michigan remitió el caso a la Corte de Apelaciones para abordar los asuntos pendientes.

intenciones entre las partes no constituye un contrato o precontrato, y que la ruptura de las negociaciones no perjudicó a MCA. Además, se argumentó que el consentimiento de Inveravante no cubría la cesión del contrato de compraventa con el fabricante, sino solo un compromiso para negociar.

El Tribunal reconoció que, aunque hubo negociaciones preliminares y que Inveravante rompió estas sin justificación (incurriendo en responsabilidad precontractual), MCA no demostró daño efectivo, por lo que no se impuso una compensación. La decisión se basó en la doctrina de que sólo el interés negativo (gastos realizados) es resarcible en casos de responsabilidad extracontractual, no el interés positivo o lucro cesante. El Tribunal concluyó que no se puede indemnizar la pérdida de oportunidades o beneficios potenciales que habrían surgido de un contrato celebrado, buscando solo restaurar la situación a cómo sería si la carta de intenciones no se hubiera firmado.

b) Análisis del Caso

Para analizar este caso bajo las doctrinas del *Misrepresentation* y *Culpa in contrahendo* (CIC), es necesario examinar detalladamente cada doctrina en el contexto del caso.

a. Elementos del *Misrepresentation*

1. Aseveración Fáctica Falsa: No hay evidencia de que Inveravante hiciera una afirmación Fáctica falsa. La carta de intenciones era una manifestación de interés para entrar en negociaciones, no una afirmación engañosa de compromiso definitivo.
2. Naturaleza Fraudulenta: No parece haber un intento de fraude por parte de Inveravante. La carta de intenciones no establece un compromiso definitivo y vinculante, sino un interés en continuar las negociaciones.

3. Confianza del Receptor: Aunque MCA confiaba en que las negociaciones concluirían con éxito, esta confianza no necesariamente estaba justificada, ya que las cartas de intenciones generalmente no son vinculantes.
4. Justificación de la Confianza: Dada la naturaleza de las cartas de intenciones y la ausencia de un contrato definitivo, la confianza de MCA en una conclusión exitosa no estaba plenamente justificada.

   Bajo esta doctrina, el tribunal podría concluir que no hubo *misrepresentation* por parte de Inveravante, ya que no se hicieron afirmaciones falsas ni hubo intento de engaño.

b. *Culpa in contrahendo* (CIC).

1. Negociaciones Preliminares: El tribunal encontró que Inveravante rompió las negociaciones preliminares sin justificación, incurriendo en responsabilidad precontractual.
2. Interés Negativo vs. Positivo: El tribunal determinó que sólo se podía resarcir el interés negativo (gastos incurridos), no el interés positivo (lucro cesante).
3. Ausencia de Daño Demostrable: MCA no pudo demostrar daños específicos que calificaran para una compensación bajo el interés negativo.

   En este marco, el tribunal podría concluir que, aunque Inveravante tuvo alguna responsabilidad precontractual, no era necesario otorgar una indemnización a MCA debido a la falta de daños demostrables y la naturaleza del lucro cesante.

c. Conclusión

Ambas doctrinas, aunque por diferentes razones, podrían llevar al mismo resultado: la negación de una indemnización significativa a MCA. Bajo la doctrina de *misrepresentation*, no hubo un engaño demostrable por parte de Inveravante. Bajo la doctrina de CIC, aunque hubo responsabilidad precontractual, no se justificaba una

compensación debido a la naturaleza de los daños y a la limitación de resarcir sólo el interés negativo. Ambas doctrinas reconocen la falta de un compromiso definitivo y vinculante de Inveravante hacia MCA, y la ausencia de daños demostrables suficientes para justificar una indemnización.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una reclamación por *misrepresentation* puede ser viable incluso en el contexto de una reclamación por incumplimiento de contrato, siempre y cuando la representación errónea o falsa sea independiente del incumplimiento de contrato.

El caso de *GeoMetWatch Corp. v. Behunin*, 38 F.4th 1183 (10th Cir. 2022)[868] es relevante,[869] ya que discute la cuestión de la causalidad en

868 Seguido por *Salcido v. City of Las Vegas*, Civ. 21-01222 KG/JHR (D.N.M. July 20, 2023); *Willoughby v. United States*, No. 23-5013 (10th Cir. Oct. 17, 2023); *Pollak v. Wilson*, No. 22-8017 (10th Cir. Dec. 27, 2022); *Albuquerque Pub. Schs. Bd. of Educ. v. Armstrong*, No. 22-2012 (10th Cir. Dec. 12, 2022); Osborn v. Meitzen, No. 21-7069 (10th Cir. Dec. 6, 2022); *Putnam v. United States Army Review Bd. Agency*, No. CIV-22-305-G (W.D. Okla. Sep. 29, 2023); *Romero v. Core Civic, Inc.*, No. 21-CV-544-KG-KRS (D.N.M. Sep. 28, 2023); *Liston v. Julien's Pest Control*, 2:23-cv-00060 (D. Utah Oct. 24, 2023); *Salcido v. City of Las Vegas*, Civ. 21-01222 KG/JHR (D.N.M. July 20, 2023); *Johnson v. Sanchez*, 1:21-cv-00184KG-LF (D.N.M. June 14, 2023); *Peterson v. Tomich*, No. 22-8058 (10th Cir. Sep. 25, 2023); *Harding v. Grisham*, No. 22-7059 (10th Cir. Aug. 17, 2023); *Lewis v. Peabody Rocky Mountain Servs.*, No. 22-1349 (10th Cir. Aug. 2, 2023); *The Cincinnati Ins. Co. v. Blue Cross & Blue Shield of Kan.*, No. 22-3154 (10th Cir. Aug. 1, 2023); *Robertson v. IHC Health Servs.*, No. 22-4046 (10th Cir. July 19, 2023); *United States v. Cates*, 73 F.4th 795 (10th Cir. 2023); *Valdez v. MacDonald*, 66 F.4th 796 (10th Cir. 2023); *EFLO Energy v. Devon Energy Corp.*, 66 F.4th 775 (10th Cir. 2023); *Doe v. Taos Mun. Schs.*, 22-cv-0590 KWR/JHR (D.N.M. Nov. 2, 2023); *Crowson v. Wash. Cnty.*, 2:15-cv-00880-DBB (D. Utah Sep. 20, 2023); *SMHG Phase I LLC v. Eisenberg*, CIVIL 1:22-cv-00035-DBB (D. Utah Aug. 23, 2023); *Shanley v. Hutchings*, 2:22-cv-00549-DBB-JCB (D. Utah May 26, 2023); *Volking v. Airxcel, Inc.*, No. 22-1046-DDC-KGG (D. Kan. Apr. 28, 2023); *Hawkins v. Cuna Mut. Grp.*, No. CIV-22-536-SLP (W.D. Okla. Jan. 13, 2023); *Lawrence v. Bonaventure of Castle Rock*, Civil Action 22-cv-01143-WJM-KLM (D. Colo. Dec. 27, 2022); *Pham v. Aeva Specialty Pharm.*, Civil Action 21-cv-00703-NYW-STV (D. Colo. Dec. 8, 2022); *Garcia v. Summit Tech. Sols.*, Civil Action 21-cv-03077-CNS-MDB (D. Colo. Sep. 26, 2022); *GeoMetWatch Corp. v. Utah State Univ.*, 2023 UT App. 124 (Utah Ct. App. 2023); entre otros.

869 El caso aborda el caso de secretos comerciales, *GeoMetWatch Corp. v. Behunin*, en

una disputa contractual, que es central para nuestro caso.

El caso de *Long Island v. U.S.*, 503 F.3d 1234 (Fed. Cir. 2007)[870] es importante porque discute los elementos del fraude según la ley

---

el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Décimo Circuito. GMW alega que los demandados conspiraron para sacar a GMW del negocio al robar información confidencial y de secretos comerciales. También detalla los acuerdos contractuales entre GMW y AWSF, así como las interacciones de GMW con AsiaSat y el fabricante estadounidense.

El caso discute la formación de Tempus Global Data, Inc. por parte de los Demandados Hall y las reclamaciones posteriores de GMW contra todos los demandados. Aunque GMW presentó pruebas para respaldar sus reclamaciones, el tribunal de distrito otorgó una sentencia sumaria a favor de los Demandados Hall, los Demandados AWSF y los Demandados USURF. El tribunal encontró que GMW carecía de pruebas no especulativas y lo suficientemente probatorias de una conexión causal entre los actos presuntamente maliciosos de los demandados y los daños reclamados por GMW. Además, el tribunal de distrito otorgó una sentencia sumaria a favor de USURF, AWSF y el Sr. Roberts basándose en la inmunidad gubernamental según la ley de Utah, y otorgó una sentencia sumaria parcial a favor de AWSF en su contrademanda contra GMW. El tribunal de distrito desestimó las demandas de GMW bajo la Ley Lanham contra AWSF y USURF, y otorgó una sentencia sumaria al Sr. Jensen y el Sr. Behunin. GMW apeló las decisiones del tribunal de distrito, planteando varios problemas, incluida la falta de pruebas de causalidad no especulativas, inmunidad gubernamental y el resumen parcial de sentencia a favor de AWSF. Sin embargo, el Décimo Circuito confirmó las decisiones del tribunal de distrito, encontrando que los argumentos de GMW no estaban preservados, no eran efectivos o se habían renunciado debido a una argumentación inadecuada.

870 Seguido por *Veridyne Corporation v. U.S.*, Nos. 06-150C 07-647C (Fed. Cl. Sep. 12, 2008); *Public Service Company of Oklahoma v. U.S.*, No. 08-501 C (Fed. Cl. Feb. 16, 2010); *Harper/Nielsen-Dillingham, Builders, Inc. v. United States*, No. 05-269C (Fed. Cl. Apr. 29, 2008); *Kellogg Brown & Root Servs., Inc. v. United States*, 728 F.3d 1348 (Fed. Cir. 2013); *Marquardt Company v. U.S.*, No. 09-642 C (Fed. Cl. Oct. 27, 2011); *Valley Realty Company v. U.S.*, No. 10-256C (Fed. Cl. Dec. 20, 2010); *Enron Federal Solutions, Inc. v. U.S.*, 80 Fed. Cl. 382 (Fed. Cl. 2008); *Long Island Sav. Bank v. United States*, 555 U.S. 812 (2008); *Oracle Am., Inc. v. United States*, 975 F.3d 1279 (Fed. Cir. 2020); *Kiewit Infrastructure W. Co. v. United States*, 972 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2020); *K-Con Bldg. Sys., Inc. v. United States*, 778 F.3d 1000 (Fed. Cir. 2015); *United States ex rel. Davis v. U.S. Training Ctr. Inc.*, 498 F. App'x 308 (4th Cir. 2012); *Doral Bank PR v. Federal Home Loan Mortgage Corp.*, 477 F. App'x 31 (4th Cir. 2012); *Cordis Corp. v. Boston Scientific Corp.*, 658 F.3d 1347 (Fed. Cir. 2011); *United States ex rel. Ubl v. IIF Data Solutions*, 650 F.3d 445 (4th Cir. 2011); *Ward v. U.S. Postal Serv*, 634 F.3d 1274 (Fed. Cir. 2011); *Maropakis Carpentry v. U.S.*, 609 F.3d 1323 (Fed. Cir. 2010); *U.S. v. Ingram*, 594 F.3d 972 (8th Cir. 2010); *First Federal Sav. Loan Ass'n v. U.S.*, 290 F. App'x 349 (Fed. Cir. 2008); *In re Peanut Crop Ins. Co.*, 524 F.3d 458 (4th Cir. 2008); *Hoopa*

común,[871] que pueden ser análogos a la teoría de *misrepresentation* en cuestión.

El caso de *Ludwig & Robinson, PLLC v. Biotechpharma, LLC*, 186 A.3d 105 (D.C. 2018)[872] es relevante porque discute la distinción entre una reclamación por incumplimiento de contrato y una reclamación

---

Valley Tribe v. United States Bureau of Reclamation, 1:20-cv-1814-JLT-EPG (E.D. Cal. Dec. 29, 2022); *Barlovento, LLC v. AUI, Inc.*, Civ. No. 18-1112 GJF/JHR (D.N.M. Nov. 27, 2020); *Gibson v. Dist. of Columbia*, 270 F. Supp. 3d 241 (D.D.C. 2017); *Barry v. Medtronic, Inc.*, 250 F. Supp. 3d 107 (E.D. Tex. 2017); Berlin *v. Bank of Am.*, N.A., 101 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2015); *Ultratec, Inc. v. Sorenson Commc'ns, Inc.*, 14-cv-66-bbc (W.D. Wis. Aug. 28, 2014); *Gloucester Twp. Hous. Auth. v. Franklin Square Assocs.*, Civil No. 12-CV-953(RMB/AMD) (D.N.J. Aug. 2, 2013); *United States v. Kellogg Brown & Root Servs., Inc.*, 856 F. Supp. 2d 176 (D.D.C. 2012); *Cunningham & Associates, PLC v. Arag, LLC*, 842 F. Supp. 2d 25 (D.D.C. 2012); *Davis v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.*, 811 F. Supp. 2d 1240 (E.D. Va. 2011); *Shell Global Solutions*, CIVIL ACTION No. 4:09-cv-3778 (S.D. Tex. Mar. 21, 2011); *America v. Mills*, 654 F. Supp. 2d 28 (D.D.C. 2009); *5860 Chicago Ridge, LLC v. United States*, No. 07-680C (Fed. Cl. Apr. 27, 2012); *Mehaffy v. United States*, No. 09-860L (Fed. Cl. Jan. 10, 2012); *Alcatec, LLC v. United States*, No. 08-113C (Fed. Cl. Aug. 24, 2011); *Alcatec, LLC v. United States*, No. 08-113C (Fed. Cl. Aug. 24, 2011); *McGuire v.* U.S., No. 09-380L (Fed. Cl. Feb. 18, 2011); entre otros.

871 En el caso de *Cooper v. Auto Club Ins.*, las demandantes Amyruth y Loralee Cooper sufrieron graves lesiones cerebrales en un accidente automovilístico. El demandado, Auto Club Ins, pagó por la atención médica de las niñas, pero supuestamente pagó menos de lo debido por los servicios de cuidado en el hogar. Las demandantes presentaron una demanda en 2003, alegando fraude por parte del demandado. El demandado presentó tres mociones para resolución parcial sumaria, todas las cuales fueron denegadas por el tribunal de primera instancia. La Corte de Apelaciones revocó parcialmente, dictaminando que la demanda por fraude estaba sujeta a la regla de un año de retroactividad de MCL 500.3145(1). Sin embargo, el Tribunal Supremo de Michigan dictaminó que la acción por fraude no estaba sujeta a dicha regla, ya que es una acción independiente y distinta. El tribunal también ofreció orientación sobre cómo evaluar este tipo de reclamaciones por fraude. El caso fue devuelto a la Corte de Apelaciones.

872 Ludwig & Robinson PLLC (L & R) demanda a BiotechPharma, LLC (BTP), Converting Biophile Laboratories, Inc. (CBL), Raouf Guirguis y Martin Kalin por incumplimiento de contrato, fraude y conspiración. L & R alega que BTP contrató los servicios de la firma de abogados en 2011 pero no pagó por los servicios prestados, incluso después de dos cartas de compromiso modificadas. L & R afirma que los demandados hicieron representaciones falsas y ocultaron información para engañar a la firma de abogados. La Corte Superior desestimó las demandas de fraude y conspiración, pero L & R está apelando, argumentando que se cometió un error y proporcionando detalles sobre la conducta fraudulenta alegada. También discuten la posibilidad

por tergiversación fraudulenta, y proporciona orientación sobre cuándo una reclamación por tergiversación fraudulenta es viable incluso si surge del mismo conjunto de hechos que una reclamación por incumplimiento de contrato.

F) Caso Montoro: STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994)[873]

a) Antecedentes del Caso

En el caso del juicio de menor cuantía núm. 630/88 en Barcelona, la empresa Montoro Iluminación, S.A. demandó a Activos en Gestión, S.A., Expo Grupo, S.A. y Don Francisco por una indemnización y el pago de costas. Los demandados se opusieron, alegando temeridad y mala fe de la parte demandante y solicitando que se les impusieran las costas.

La demanda fue inicialmente desestimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Barcelona, decisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación de Montoro Iluminación. En este proceso, se impusieron las costas a la empresa demandante.

Durante el juicio, se examinaron varios documentos presentados por Montoro Iluminación, incluyendo copias de telex y cartas relacionadas con un proyecto en el hotel Gran Mediterráneo Palace. Sin embargo, el Tribunal determinó que estos documentos sólo reflejaban ofertas preliminares, no un contrato vinculante, ya que no había acuerdo en aspectos esenciales como el precio y la aceptación completa de la oferta.

El Tribunal, con el Magistrado Alfonso Villagómez Rodil como ponente, enfatizó la importancia de la buena fe en las negociaciones y

---

de recuperar gastos como daños compensatorios y si las demandas de fraude y conspiración están separadas del contrato.

873 *Montoro Iluminación, S.A. v. Expo Grupo, S.A., Activos de Gestión, S.A. y D. Antonio M. F.* STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994), en adelante referido como "Caso Montoro".

la necesidad de una aceptación explícita y definitiva para la formación de un contrato. Concluyó que no se probó mala fe por parte de los demandados y que no existía un contrato consumado, sino solo tratos previos y actividades relacionadas con ofertas iniciales.

b) Análisis del Caso

Analizando este caso a la luz de las doctrinas del *misrepresentation* y de la CIC, vemos los siguientes resultados:

a. Aplicación de los elementos del *Misrepresentation*

1. Aseveración Fáctica Falsa: No parece haber una aseveración Fáctica falsa hecha por los demandados. Los documentos presentados por "Montoro Iluminación, S.A." no contenían cláusulas expresas ni manifestaciones de conformidad con las propuestas y ofertas mencionadas.
2. Naturaleza Fraudulenta: No hay evidencia de un intento de engaño o fraude por parte de los demandados. Las negociaciones parecen haber sido preliminares y sin una conclusión definitiva.
3. Confianza del Receptor: Aunque "Montoro Iluminación, S.A." confiaba en la formación de un contrato, esta confianza no estaba justificada debido a la falta de acuerdo en aspectos esenciales y la ausencia de una manifestación clara de aceptación por parte de los demandados.
4. Justificación de la Confianza: La confianza de "Montoro Iluminación, S.A." no estaba justificada, ya que las negociaciones eran preliminares y no se había llegado a un consenso definitivo.

   Bajo esta doctrina, el tribunal podría concluir que no hubo *misrepresentation* por parte de los demandados.

b. Aplicación de *Culpa in contrahendo* (CIC).

1. Negociaciones Preliminares: Se reconoce que hubo negociaciones preliminares, pero no se llegó a un acuerdo definitivo.
2. Buena Fe y Mala Fe: La buena fe se presume en las negociaciones. No hubo evidencia de mala fe por parte de los demandados, lo cual es esencial para establecer la CIC.
3. Responsabilidad Precontractual y Daños: Aunque se reconoce la posibilidad de responsabilidad precontractual (CIC) por romper negociaciones preliminares sin justificación, no se probó la mala fe ni se demostraron daños específicos.

   En este marco, el tribunal podría concluir que, no hubo responsabilidad precontractual porque no se pudo probar la mala fe y los daños demostrables.

c. Conclusión

Ambas doctrinas, aunque con diferentes enfoques, llevan al mismo resultado: la desestimación de la demanda de "Montoro Iluminación, S.A.: Bajo *misrepresentation*, no se encontró una representación engañosa por parte de los demandados. En el contexto de CIC, no se justificaba una indemnización debido a la falta de mala fe y de daños demostrables. En ambos casos, se reconoce que las negociaciones eran preliminares y no llegaron a culminar en un contrato vinculante.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Este caso en la práctica se reconduce también a situaciones de formación de contratos sobre la base de la oferta, aceptación, consideración y mutualidad de asentimiento.

G) Caso Industrias BEC: STS 05-04-1999 (RJ 2310/1999)[874]

a) Antecedentes del Caso

El caso se centra en un conflicto legal entre dos empresas, Sociedad Mercantil DIRECCION001 e Industrias BEC, S.A. Inicialmente, DIRECCION001 demandó a Industrias BEC, y el juzgado les concedió una indemnización parcial de 840.000 pesetas. No contenta con esta decisión, DIRECCION001 apeló y la Audiencia Provincial de Barcelona incrementó la indemnización a 4.425.000 pesetas.

Sin embargo, Industrias BEC no se quedó conforme y presentó un recurso de casación, argumentando que se había hecho una aplicación incorrecta del artículo 1902 del Código Civil, que trata de la responsabilidad por daños causados por culpa o negligencia, y del principio de buena fe establecido en el artículo 7.1 del mismo código. El caso de Industrias BEC se centraba en la ausencia de mala fe o malicia en sus acciones durante las negociaciones precontractuales con DIRECCION001.

El Tribunal Superior revisó el caso y concluyó que no hubo mala fe por parte de Industrias BEC en el proceso de negociación precontractual. Por lo tanto, no se encontró evidencia de culpa "in contrahendo" (culpa en la fase precontractual). Esta decisión se basó en jurisprudencias previas que enfatizan la importancia de la buena fe en las negociaciones precontractuales.

En consecuencia, el Tribunal Superior revocó la sentencia de la Audiencia Provincial y restableció la decisión inicial del juzgado, que había concedido una indemnización menor a DIRECCION001. Esta sentencia subraya la importancia de demostrar la mala fe o malicia en

874 *Sociedad Mercantil DIRECCION001 v. Industrias BEC, S.A.*, STS 05-04-199 (RJ 2310/1999). En adelante referido como "Caso Industrias BEC".

las negociaciones precontractuales para establecer la responsabilidad bajo la teoría de la *culpa in contrahendo*.

b) Análisis del Caso

Ahora bien, haciendo un análisis comparativo entre el *misrepresentation* del *common law* y la CIC del civil law, ambas figuras pueden llevar al mismo resultado en este contexto legal, como veremos a continuación:

a. Aplicación de los elementos del *misrepresentation*

   1. Aseveración Fáctica Falsa: No parece haber una aseveración fáctica falsa por parte de Industrias BEC, S.A. La existencia de un presupuesto y comunicaciones previas no constituyen en sí mismas una afirmación de un acuerdo definitivo.
   2. Naturaleza Fraudulenta: No hay evidencia de fraude o engaño por parte de Industrias BEC, S.A. Las negociaciones preliminares y los presupuestos son típicos en las fases iniciales de cualquier acuerdo comercial.
   3. Confianza del Receptor: Aunque DIRECCION001 confiaba en que las negociaciones resultarían en un contrato definitivo, esta confianza no se basaba en afirmaciones engañosas por parte de Industrias BEC, S.A.
   4. Justificación de la Confianza: La confianza de DIRECCION001 no estaba justificada hasta el punto de presumir la existencia de un contrato vinculante, ya que solo existían comunicaciones preliminares y un presupuesto.

b. Aplicación de *Culpa in contrahendo* (CIC).

   1. Negociaciones Preliminares: El caso involucra negociaciones preliminares y un presupuesto, lo cual es típico en las etapas previas a la formación de un contrato.

2. Buena Fe y Mala Fe: El tribunal concluyó que no había evidencia de mala fe por parte de Industrias BEC, S.A. en la ruptura de las negociaciones preliminares.
3. Responsabilidad Precontractual y Daños: La falta de evidencia de mala fe y la ausencia de un contrato perfeccionado significan que no hay base para una responsabilidad precontractual significativa que justifique una indemnización a DIRECCION001.

c. Conclusión

En ambos enfoques, ya sea considerando *misrepresentation* o CIC, el resultado es el mismo: la desestimación de la demanda de DIRECCION001. Bajo *misrepresentation*, no se encontraron afirmaciones engañosas que justificaran la confianza de DIRECCION001 en la existencia de un contrato vinculante. En el contexto de CIC, aunque hubo negociaciones preliminares, no se probó mala fe por parte de Industrias BEC, S.A., lo cual es esencial para establecer una responsabilidad significativa que justifique una indemnización. En ambos casos, se reconoce la falta de un acuerdo definitivo y vinculante entre las partes.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Los casos revisados generalmente concuerdan en los elementos de una reclamación por representación falsa, aunque existen algunas variaciones. Por ejemplo, el caso de Florida (*Caufield v. Cantele*,[875]

875 Seguido por *Caufield v. Cantele*, 837 So. 2d 371 (Fla. 2002; *Parker v. Bd. of Trs. of the City Pension Fund for Firefighters & Police Officers in Tampa*, 149 So. 3d 1129 (Fla. 2014); *Demont v. Demont*, 24 So. 3d 699 (Fla. Dist. Ct. App. 2009); *McArdle v. McArdle*, 354 So. 3d 550 (Fla. Dist. Ct. App. 2023); *Ham v. Portfolio Recovery Assocs.*, 308 So. 3d 942 (Fla. 2020); *Broward Marine v. Palm Beach Polo*, 902 So. 2d 855 (Fla. Dist. Ct. App. 2005); *Atrium Med. Corp. v. MSP Recovery Claims, Series, LLC*, No. 3D23-0384 (Fla. Dist. Ct. App. July 5, 2023); *Fischer v. Fischer*, 224 So. 3d 919 (Fla. Dist. Ct. App. 2017); *Fanelli v. HSBC Bank USA*, 170 So. 3d 72 (Fla. Dist. Ct. App. 2015); Miccosukee Tribe of Indians of Fla. v. Lewis, 122 So. 3d 504 (Fla. Dist. Ct. App. 2013); *J.B. v. Dep't*

837 So. 2d 371 (Fla. 2002)[876] y Texas (*Quintillion Subsea Operations*,

of Children & Family Servs., 101 So. 3d 407 (Fla. Dist. Ct. App. 2012); *Dickson v. Heaton*, 87 So. 3d 81 (Fla. Dist. Ct. App. 2012); *Alhambra Homeowners Ass'n v. Asad*, 943 So. 2d 316 (Fla. Dist. Ct. App. 2006); *Dolphin LLC v. WCI Communities, Inc.*, 715 F.3d 1243 (11th Cir. 2013); *Warfield v. Stewart*, 434 F. App'x 777 (11th Cir. 2011); *Chalfonte Condominium Apartment Ass'n v. QBE Insurance*, 561 F.3d 1267 (11th Cir. 2009); *Benchouchan v. VMM Enterprises, Inc.*, 310 F. App'x 316 (11th Cir. 2009); *Flava Works, Inc. v. A4A Reseau, Inc.*, 1:14-CV-23208-LENARD/GOODMAN (S.D. Fla. Aug. 24, 2023); *Grayson v. No Labels, Inc.*, 6:20-cv-1824-PGB-LHP (M.D. Fla. Jan. 17, 2023); *Ever Better Eating, Inc. v. Jama's Express LLC*, 8:21-cv-1798-CEH-CPT (M.D. Fla. Dec. 19, 2022); *Grigorian v. FCA U.S., LLC*, 18-24364-CIV-COOKE/GOODMAN (S.D. Fla. Nov. 30, 2021); *Flava Works, Inc. v. A4a Reseau, Inc.*, 14-23208-CIV-LENARD/GOODMAN (S.D. Fla. June 14, 2021); *Moreiras v. Scottsdale Ins. Co.*, No. 20-cv-21303-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Apr. 29, 2020); *O'Steen v. Lafayette State Bank (In re O'Steen)*, BK No. 3:14-bk-4766-PMG (M.D. Fla. Nov. 14, 2019); *Duran v. Feldman*, No. 2:16-CV-14301-ROSENBERG/LYNCH (S.D. Fla. Apr. 13, 2017); *Am. Infoage, LLC v. Regions Bank*, Case No: 8:13-cv-1533-T-23JSS (M.D. Fla. Dec. 7, 2016); *Life Changing Ministries, Inc. v. Canopius US Ins., Inc.*, Case No: 5:15-cv-59-Oc-30PRL (M.D. Fla. Nov. 28, 2016); *Lankhorst v. Indep. Sav. Plan Co.*, No. 3:11-cv-390-J-34JRK (M.D. Fla. Sep. 28, 2015); *Llano Funding Grp., LLC v. Cassidy*, No. 14-CIV-62863-BLOOM/Valle (S.D. Fla. Aug. 5, 2015); *Md. Cas. Co. v. Emp't Partners, Inc.*, No. 8:14-cv-1912-T-33MAP (M.D. Fla. Dec. 11, 2014); *Lumpuy v. Scottsdale Ins. Co.*, No. 8:11-cv-2455-T-24 MAP (M.D. Fla. Apr. 25, 2013); *Warfield v. Stewart*, No. 2:07-cv-332-FTM-33SPC (M.D. Fla. Feb. 24, 2010); *Huffman v. Cohen*, No. 07-CV-702-TCK-PJC (N.D. Okla. Nov. 24, 2009); *Carolina Casualty Ins. v. Bogin, Munns Munns, P.A.*, No. 6:07-cv-1999-Orl-19DAB (M.D. Fla. June 13, 2008); *Cascella v. Canaveral Port District*, No. 6:04-cv-1822-Orl-19DAB (M.D. Fla. July 22, 2007); *PRN Real Estate & Invs. v. Cole (In re Cole)*, 6:15-bk-06458-GER (Bankr. M.D. Fla. Jan. 5, 2023); entre otros.

876 En el caso *Caufield v. Cantele*, No. SC99-95, la Corte Suprema de Florida sostuvo que el recurso de apelación plenario es el método adecuado para que un tribunal de distrito revise la determinación de un tribunal de primera instancia sobre los honorarios de abogados y costas después de un desistimiento voluntario. Además, la corte aclaró que no es necesario alegar específicamente la base contractual o estatutaria de una reclamación por honorarios de abogados, y que el no hacerlo específicamente no resulta en la renuncia de la reclamación. La corte también encontró que una demanda por daños y perjuicios por representación falsa fraudulenta sobre una propiedad adquirida según un contrato puede constituir litigio "derivado de" el contrato donde las partes han pretendido que dicho litigio esté cubierto por una provisión de honorarios de abogados. El caso fue remitido para procedimientos consistentes con las conclusiones de la corte, y la opinión se archivó el 19 de diciembre de 2002. El caso se originó en el Quinto Tribunal de Apelaciones del Distrito, donde se certificó el conflicto de decisiones. Los abogados involucrados en el caso son Robert Bruce Snow, Donald R. Peyton, Jon H. Anderson y Ralph Artigliere. La corte hace referencia a varios casos, incluyendo *Stockman v. Downs* y *Chatlos v. City of Hallandale*, que proporcionan un contexto importante para la decisión de la

LLC v. Maritech Project Servs., Civil Action 4:20-cv-02310 (S.D. Tex. Jan. 9, 2023)[877]) pueden proporcionar información de fondo sobre la aplicación de la regla de pérdida económica y los requisitos de la Regla 9(b) del Reglamento Federal de Procedimiento Civil, respectivamente.

El caso *Lane v. Page*,[878] 862 F. Supp. 2d 1182 (D.N.M. 2012)[879] trata sobre una demanda colectiva de accionistas alegando que una declaración de proxy representó falsamente y/o omitió hechos

---

corte. La corte discute el tema de si una orden sobre honorarios de abogados es una orden apelable, y encuentra que el Quinto Distrito ejerció adecuadamente la jurisdicción que le confiere la Constitución de Florida.

877 La Acción Civil 4:20-cv-02310 en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Texas, involucra a Quintillion Subsea Operations, LLC como demandante y a Maritech Project Services, LTD y Maritech International, LTD como demandados. El tribunal decidió el 9 de enero de 2023 conceder la moción de los demandados para desestimar el Punto II debido al incumplimiento del demandante con la Regla 9(b) del Reglamento Federal de Procedimiento Civil. Sin embargo, el tribunal también negó la moción de los demandados para desestimar el Punto II basándose en que estaba prohibido por la Cláusula de Comercio Interestatal o prevenido por la ley general marítima. El demandante tiene 14 días para presentar una demanda enmendada. El caso gira en torno a la alegación del demandante de que Maritech no entregó el Alaska Scout o un sustituto adecuado como requería el Acuerdo de Servicios de Mantenimiento Marino (MMSA). El demandante terminó el MMSA y entró en acuerdos de un año con diferentes empresas. El Punto II alega que Maritech participó en actos o prácticas desleales o engañosas en la conducta del comercio o comercio. La Regla 9(b) se aplica a las reclamaciones de AUTPA del demandante.

878 Seguido por *Lane v. Page*, 862 F. Supp. 2d 1182 (D.N.M. 2012; *Key v. Butch's Rat Hole & Anchor Serv.*, CIV 17-1171 RB/KRS (D.N.M. Feb. 15, 2022); *SFF-TIR, LLC v. Stephenson*, 452 F. Supp. 3d 1058 (N.D. Okla. 2020); *Martin v. City of Albuquerque*, No. CIV 18-0031 RB/JFR (D.N.M. Mar. 9, 2020); *Acevedo v. Sw. Airlines Co.*, Civil Action No. 1:16-cv-00024-MV-LF (D.N.M. Dec. 10, 2019); *O Centro Espirita Beneficente União Do Vegs in U.S. v. Duke*, 343 F. Supp. 3d 1050 (D.N.M. 2018); *Schueller v. Wells Fargo & Co.*, CIV 16-0107 MV/KBM (D.N.M. June 12, 2018); *Tullie v. T & R Mkt., Inc.*, 1:14-cv-00670-KBM-GJF (D.N.M. Aug. 30, 2016); *XTO Energy, Inc. v. ATD, LLC*, No. CIV 14-1021 JB/SCY (D.N.M. Aug. 22, 2016); *XTO Energy, Inc. v. ATD, LLC*, No. CIV 14-1021 JB/SCY (D.N.M. Apr. 1, 2016); *New Mexico ex rel. Balderas v. Valley Meat Co.*, No. CIV 14-1100 JB/KBM (D.N.M. Dec. 14, 2015); *Fager v. Centurylink Commc'ns, LLC*, Civ. No. 14-cv-00870 JCH/KK (D.N.M. June 25, 2015); entre otros.

879 El caso de *Lane v. Page* gira sobre una demanda colectiva de accionistas en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Nuevo México. Lawrence Lane alega que los demandados utilizaron una declaración de poderes engañosa para obtener la aprobación de los accionistas para la venta de Westland Development al Grupo

materiales, lo cual puede proporcionar una analogía útil para una reclamación por representación falsa. Finalmente, el caso *Babcock & Wilcox Co. v. Cormetech, Inc.*, 848 F.3d 754 (6th Cir. 2017)[880] del

---

de Empresas SunCal. El caso también discute la historia de la Concesión de Tierras de Atrisco y la formación de Westland Development.
El caso proporciona información adicional sobre las diversas ofertas de fusión que Westland Development recibió, las negociaciones que siguieron y la eventual fusión con el Grupo de Empresas SunCal. También discute los antecedentes procesales del caso, incluyendo la denuncia inicial, las mociones para desestimar y las decisiones del tribunal sobre esas mociones. El caso detalla las acusaciones hechas por Lane contra los demandados, incluyendo que tergiversaron el valor de Westland Development, no revelaron información importante sobre derechos minerales y omitieron entidades relevantes de la fusión. También discute el acuerdo alcanzado entre las partes, la cantidad de honorarios y gastos de abogados, y el razonamiento detrás del acuerdo. La Corte analiza varias mociones para desestimar, las decisiones del tribunal sobre esas mociones y el estipulado de acuerdo entre las partes. También discute los argumentos presentados por Lane y el consejo de la clase en apoyo del acuerdo, honorarios de abogados y gastos, así como las objeciones planteadas por varias partes. El caso detalla la decisión del tribunal de conceder la moción para la aprobación del acuerdo de la clase, que incluye un pago a la clase, honorarios de abogados y gastos, y un pago a Lane. El tribunal rechazó varias objeciones al acuerdo, considerándolo justo, razonable y adecuado.

880 Seguido por *Babcock & Wilcox Co. v. Cormetech, Inc.*, No. 5:14CV514 (N.D. Ohio Oct. 3, 2017); *Villareal v. Buckle, Inc.*, No. 15-14382 (E.D. Mich. Sep. 28, 2017); *Masters Entm't Grp. v. Aurich*, 3:18-cv-01314 (M.D. Tenn. June 14, 2022); *Jarvela v. Washtenaw Cnty.*, Civil Action 19-12157 (E.D. Mich. Aug. 2, 2021); *Walsh v. Rupkus*, 551 F. Supp. 3d 736 (E.D. Mich. 2021); *Midtown Invest. Grp. v. Massachusetts Bay Insurance Co.*, Civil Action 20-10239 (E.D. Mich. July 27, 2021); *Marks v. Schafer & Weiner, PLLC*, No. 20-11059 (E.D. Mich. Mar. 19, 2021); *Shina v. State Farm Fire & Cas. Co.*, No. 20-10080 (E.D. Mich. Feb. 4, 2021); *El-Khalil v. Usen*, No. 18-12759 (E.D. Mich. Jan. 14, 2021); *United States v. Holland*, No. 13-10082 (E.D. Mich. Nov. 13, 2020); *Scott v. Martin*, NO: 3:17-0868 (M.D. Tenn. Aug. 12, 2020); *Gray v. Auto-Owners Ins. Grp.*, No. 18-13888 (E.D. Mich. July 31, 2020); *Hill v. Whitmer*, No. 10-14568 (E.D. Mich. June 2, 2020); *Smith v. Smith*, No. 19-10330 (E.D. Mich. May 8, 2020); *Caudle v. Nielsen Co.* (U.S.), No. 17-13737 (E.D. Mich. Mar. 31, 2020); *FCA US LLC v. Bullock*, 446 F. Supp. 3d 201 (E.D. Mich. 2020); *Gould Elecs. Inc. v. Livingston Cnty. Rd. Comm'n*, No. 17-11130 (E.D. Mich. Feb. 18, 2020); *Mowett v. City of Detroit*, No. 16-12971 (E.D. Mich. Jan. 29, 2020); *Nouri v. Manzella*, No. 17-12322 (E.D. Mich. Sep. 10, 2019); *Kasprzycki v. Mich. Dep't of Corr.*, No. 17-cv-11220 (E.D. Mich. July 30, 2019); *Jewel v. Cnty. of Macomb*, No. 17-cv-13063 (E.D. Mich. July 16, 2019); *Hill v. Whitmer*, No. 10-cv-14568 (E.D. Mich. July 12, 2019); *Lyngaas v. Curaden AG*, No. 17-cv-10910 (E.D. Mich. May 23, 2019); *White v. Equity Experts.Org, LLC*, No. 17-cv-12102 (E.D. Mich. Mar. 6, 2019); *Am. Chem. Techs., Inc. v. Comerica Bank*, No. 17-cv-13433 (E.D. Mich. Mar. 4, 2019); *Crosson v. United Steel Local 1299*, No. 17-cv-12361 (E.D. Mich. Feb. 6, 2019); *Lauve*

6º Circuito discute la formación de un contrato y el efecto de las discrepancias entre los términos de una oferta y aceptación, lo cual puede ser relevante para nuestro caso si la reclamación por representación falsa surge de una disputa contractual.[881]

6.2. Jurisprudencia de Alemania[882]

A) Caso del corredor inmobiliario (Sentencia IIIZR 224/06)

a) Antecedentes del Caso

Este caso trata de una demanda interpuesta por el corredor de bienes inmuebles (del comprador) en contra del comprador de un bien inmueble por sus comisiones en la venta frustrada de un inmueble.

El vendedor argumentó que un empleado del corredor le había comunicado que el vendedor había expresado que la propiedad inmueble no estaba sujeto a restitución (es decir, sujeto a devolución);

---

v. Winfrey, No. 17-cv-12726 (E.D. Mich. Nov. 5, 2018); *Davis v. Detroit Pub. Sch. Cmty. Dist.*, No. 17-cv-12100 (E.D. Mich. Oct. 10, 2018); *Roe v. Snyder*, Civil Action No. 16-cv-13353 (E.D. Mich. Sep. 12, 2018); *Grimwood v. Am. Airlines, Inc.*, 323 F. Supp. 3d 928 (E.D. Mich. 2018); *Ostipow v. Federspiel*, No. 16-cv-13062 (E.D. Mich. July 16, 2018); *Freije v. Montmorency Cnty.*, No. 16-cv-12251 (E.D. Mich. July 16, 2018); *Smith v. Stewart*, No. 16-cv-13673 (E.D. Mich. July 9, 2018); *Crosson v. United Steel Local 1299*, No. 17-cv-12361 (E.D. Mich. June 29, 2018); *Hill v. Snyder*, 308 F. Supp. 3d 893 (E.D. Mich. 2018); entre otros.

881 En el caso de *Babcock & Wilcox Co. v. Cormetech, Inc.*, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Sexto Circuito anuló la decisión del tribunal de distrito y devolvió el caso para más procedimientos. Originalmente, B&W había presentado reclamaciones contra Cormetech por incumplimiento de la garantía de rendimiento y ejecución de la indemnización contractual, pero el tribunal de distrito falló en su contra, determinando que la reclamación por incumplimiento de garantía estaba fuera del plazo y que la reclamación de indemnización carecía de evidencia suficiente. B&W apeló, argumentando que el tribunal de distrito erró al no considerar los registros bajo la luz más favorable al no demandante. El Sexto Circuito estuvo de acuerdo, encontrando que el tribunal de distrito se equivocó al ver la evidencia a favor del demandante y que el testimonio de varios empleados y expertos de B&W era evidencia suficiente para anular la decisión.

882 En el anexo III de esta obra se realiza una comparación más detallada con el *Promissory estoppel*.

sin embargo, el comprador acusó al vendedor de proporcionar información incorrecta y maliciosa por cuanto tal propiedad sí estaba sujeto a restitución y por ello el vendedor se abstuvo de realizar la transacción.

El Tribunal sostuvo:[883]

> Si el cliente corredor recibe información incorrecta del vendedor durante la negociación del contrato y durante la certificación notarial del contrato de compraventa de que la propiedad no está sujeta a restitución y, por lo tanto, concluye en contrato de compraventa, es responsable por el incumplimiento de las obligaciones de negociaciones contractuales, en la medida en que haya sufrido un daño como resultado, un reclamo por daños y perjuicios, que obliga al vendedor según §249 del BGB[884] a tratar al comprador como si no hubiera celebrado el contrato de compra. b). Si el comprador desiste del contrato de compraventa en tales circunstancias antes de obtener el permiso requerido por la Ley de Bienes Raíces, el contrato de compraventa no entrará en vigor; no surge un reclamo de comisión del corredor. (p. 1).

La sentencia de la Segunda Sala Civil se basa en la apelación del acusado del Tribunal Regional Superior de Turingia en Jena el 9 de agosto de 2006. El 5 de noviembre de 2003, el comprador había desistido de la compraventa basada en el hecho de que la vendedora había planeado hacerlo contrario a la verdad bajo falsas promesas. Posteriormente el contrato de venta no fue llevado a cabo. El

883 Sentencia IIIZR 224/06, Corte Federal de Justicia de Alemania BGH, (2008).

884 BGB §249: "(1) Quien está obligado a pagar daños y perjuicios debe restablecer la situación que existiría si no se hubiera producido la circunstancia que obliga a la persona a pagar la indemnización."

demandado comprador niega su obligación de comisión con respecto a las circunstancias y afirma que la propia demandante (la corredora) recibió información incorrecta sobre el sesgo de restitución de la propiedad.

El juzgado de primera instancia ordenó el pago de 22, 241.20 € más intereses. La Corte de Apelaciones desestimó la apelación del acusado, pero el Tribunal revisa la sentencia recurrida y remite el caso al Tribunal de Apelación.

El Tribunal valoró que la reclamación de transferencia debía clasificarse como un defecto legal en el artículo comprado. La comisión del intermediario (el corredor inmobiliario) está supeditado a la celebración de un contrato de compraventa, a que entre en efecto y en vigor, lo cual no ha sucedido en este caso. Pero un tema a tratar es ver si efectivamente se realizó el contrato o no, donde entonces funcionaría la comisión del demandante puesto que, si las partes contratantes rescinden el contrato después de otorgada la aprobación y es rescindido de mutuo acuerdo después, entonces allí procedería el pago de la comisión.

Sin embargo, si el demandado vendedor se retira de los vínculos del contrato celebrado con el vendedor antes de que entre en vigor legítimamente, habría que ver si el contrato se celebra a consecuencia de una *culpa in contrahendo* del vendedor y el corredor.[885] En el caso la demandada (compradora) presentó evidencia de que tenía al jefe del departamento de bienes raíces de la vendedora y a un empleado del vendedor que antes de la certificación y en la ventana de certificación preguntaron si había reclamos pecuniarios, y ellos habrían asegurado que no había reclamaciones pecuniarias. Sin embargo, en el 2002,

885 Mosset Iturraspe (2006) menciona la responsabilidad del corredor de proponer tratos con precisión, exactitud y claridad. Además, aborda la responsabilidad del corredor por "supuestos falsos" que conducen a precios inexactos (p. 140).

ya había 21 reclamaciones de derechos de propiedad desde 1991. Sin embargo, el Tribunal de Apelación no se pronunció sobre este hecho.

El Tribunal valoró la actuación de la *culpa in contrahendo* del vendedor bajo el amparo del numeral 311 del Código Civil Alemán (BGB) estipula lo siguiente:[886]

> (1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
>
> (2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
>
> 1. El inicio de las negociaciones del contrato,
> 2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
>
> 3. Contactos similares de tipo negocial.
>
> (3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato.

Por su parte, el aludido artículo §241.II del BGB explica, respecto a los deberes derivados de una obligación que:[887]

886 Código Civil Alemán (BGB), §311. Enero 2 de 2002. (Alemania).
887 BGB § 241.

> (1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
>
> (2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte.

De otra parte, el Tribunal estimó que existía la posibilidad de un fraude genético, un engaño, y que la Sala no tuvo en cuenta la mala fe de una de las partes. Para ello revisó el numeral 124 del BGB primer párrafo:[888]

> Período de tiempo para anular
>
> (1) La anulación de una declaración de voluntad anulable en virtud del artículo 123 sólo puede efectuarse en el plazo de un año.
>
> (2) En caso de dolo, el plazo comienza en el momento en que la persona con derecho a evitar descubre el dolo y, en caso de coacción, en el momento en que termina la coacción. Las disposiciones de los artículos 206, 210 y 211 aplicables a la prescripción se aplican según el transcurso del plazo.

Es decir, las negociaciones preliminares deben estar inmunizadas de comportamientos negligentes de una de las partes, pero ello no significa ignorar que una parte tiene el derecho de impugnar una transacción obtenida por mala fe o engaño de la otra parte contractual, a la que se la debe proteger contra medios no autorizados de influir en la voluntad. Entonces el Tribunal resuelve devolver los cuadernos de apelación a la Sala de Apelación para revisar este extremo atinente

888 BGB §124.

a la *culpa in contrahendo* de la parte demandante (que había dado información incorrecta y engañosa a la vendedora).

b) Análisis del Caso

En este caso, la aplicación de las doctrinas del *Misrepresentation* y *Culpa in contrahendo* (CIC) son relevantes para entender la decisión del tribunal de una manera casi idéntica.

a. Aplicación de los elementos del *Misrepresentation*
   1. Aseveración Fáctica Falsa: Aquí, el vendedor (o sus empleados) comunicaron al corredor que la propiedad no estaba sujeta a restitución, lo cual resultó ser falso.[889]
   2. Naturaleza Fraudulenta: Si el vendedor conocía la situación real de la propiedad y aun así informó lo contrario, esto podría considerarse una conducta engañosa.
   3. Confianza del Receptor: El corredor, y posiblemente el comprador, confiaron en la información proporcionada por el vendedor. Esta confianza se basó en la creencia de que la propiedad no estaba sujeta a restitución.
   4. Justificación de la Confianza: La confianza del corredor y del comprador estaría justificada si ellos no tenían razón para dudar de la veracidad de la información proporcionada por el vendedor.

Sin embargo, el uso de la figura del *misrepresentation* por parte del comprador frente al vendedor no incide en una posible demanda del corredor inmobiliario del comprador quien tiene una causa de acción diferente y basada en otras teorías como se verá en el punto (c) de este apartado.

889 Oughton (2000) analiza en detalle la representación errónea (*misrepresentation*) y establece que, para constituir una representación errónea, la declaración del demandado debe ser una declaración falsa de hecho que induzca a la otra parte a celebrar un contrato con él (pp. 172-178).

b. Aplicación de *Culpa in contrahendo* (CIC).

1. Deber de informar: la parte vendedora sabía las condiciones de la propiedad a venderse y omitió brindar información importante que de haberse develado hubiera generado que el comprador cambie su parecer, ya que el comprador hace una compra guiado por la información que le brinda el corredor inmobiliario, quien a su vez confía en la información del vendedor.
2. Negociaciones Preliminares: Durante las negociaciones del contrato, el vendedor proporcionó información incorrecta sobre la restitución de la propiedad, lo que podría considerarse una violación de sus deberes precontractuales.
3. Buena Fe y Mala Fe: La buena fe es un requisito en las fases preliminares del contrato. Si el vendedor actuó de mala fe al proporcionar información falsa, esto podría constituir *culpa in contrahendo*
4. Responsabilidad Precontractual y Daños: Si el comprador sufrió un daño como resultado de la información incorrecta proporcionada por el vendedor, esto podría dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios bajo la doctrina de CIC.

c. Conclusión

En este caso, tanto la doctrina de *misrepresentation* como la de CIC podrían aplicarse para responsabilizar al vendedor por proporcionar información incorrecta durante las negociaciones del contrato. Bajo el *misrepresentation*, la conducta del vendedor podría ser considerada engañosa, mientras que bajo CIC, podría ser considerada una violación de los deberes precontractuales de buena fe. En ambos enfoques, el resultado sería la responsabilidad del vendedor por los daños sufridos por el comprador debido a la información fáctica falsa proporcionada; sin embargo, una potencial demanda del corredor inmobiliario no se basaría en la teoría de

misrepresentation o CIC sino en una figura contractual, como lo veremos en el acápite siguiente.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que un corredor puede seguir teniendo derecho a una comisión incluso si la venta subyacente no se cierra, dependiendo de los términos del acuerdo de listado y si el corredor consiguió un comprador dispuesto, capaz y listo.

Los casos más relevantes son *Fairbourn Commercial, Inc. v. American Housing Partners, Inc.*, 94 P.3d 292 (Utah 2004)[890] y *Richard*

890 Seguido por View *Condominium Owners Ass'n v. Msico*, 127 P.3d 697 (Utah 2005); *South Ridge Homeowners' Ass'n v. Brown*, 226 P.3d 758 (Utah Ct. App. 2010); *Young v. Wardley Corp.*, 182 P.3d 412 (Utah Ct. App. 2008); *Gregory & Swapp, PLLC v. Kranendonk*, 424 P.3d 897 (Utah 2018); *Fort Pierce Indus. Park Phases II, III & IV Owners Ass'n v. Shakespeare*, 379 P.3d 1218 (Utah 2016); *Holladay Towne v. Brown Family Holdings*, 248 P.3d 452 (Utah 2011); *Encon Utah, LLC v. Fluor Ames Kraemer, LLC*, 210 P.3d 263 (Utah 2009); *CAFÉ Rio v. Larkin-Gifford-Overton*, 207 P.3d 1235 (Utah 2009); *Mellor v. Wasatch Crest*, 201 P.3d 1004 (Utah 2009); *Vestin v. First American Title Ins. Co.*, 139 P.3d 1055 (Utah 2006); *Swan Creek Village Homeowners v. Warne*, 134 P.3d 1122 (Utah 2006); *Christiansen v. Farmers Ins. Exchange*, 116 P.3d 259 (Utah 2005); *Estate of Berkemeir v. Hartford Ins. Co.*, 106 P.3d 700 (Utah 2004); *Thatcher v. Lang*, 462 P.3d 397 (Utah Ct. App. 2020); *Elite Legacy Corp. v. Schvaneveldt*, 391 P.3d 222 (Utah Ct. App. 2016); *Cheney v. Hinton Burdick Hall & Spilker, PLLC*, 366 P.3d 1220 (Utah Ct. App. 2015); *Red Cliffs Corner v. Hunan*, 219 P.3d 619 (Utah Ct. App. 2009); *Free Motion v. Wells Fargo Bank West*, 208 P.3d 1066 (Utah Ct. App. 2009); *Holladay Towne Center, LLC v. Brown Family Holdings, LC*, 198 P.3d 990 (Utah Ct. App. 2008); *Gurney v. Young*, 2008 UT App. 343 (Utah Ct. App. 2008); *Baxter v. Saunders*, 171 P.3d 469 (Utah Ct. App. 2007); *MAAK v. IHC HEALTH SERVICES, INC*, 166 P.3d 631 (Utah Ct. App. 2007); *Carvelas v. Summit Financial Resources, L.P.*, 2006 UT App. 436 (Utah Ct. App. 2006); *Boulton v. Bronn*, 2006 UT App. 91 (Utah Ct. App. 2006); *Swenson v. Erickson*, 131 P.3d 267 (Utah Ct. App. 2006); *Panos v. Olsen and Associates Const., Inc.*, 123 P.3d 816 (Utah Ct. App. 2005); *ED INGRAM DBA ED INGRAM CONSTRUCTION v. KITTS*, 2005 UT App. 271 (Utah Ct. App. 2005); *Vestin Mortg. v. First American Title Ins. Co.*, 101 P.3d 398 (Utah Ct. App. 2004); *Surety v. Barlow*, 628 F. App'x 980 (10th Cir. 2015); *Fid. & Deposit Co. v. Goran, LLC*, No. 2:17-cv-00604-TC-PMW (D. Utah Dec. 17, 2020); *TriStar Risk Mgmt., Corp. v. Am. Liberty Ins. Co.*, No. 2:16-cv-00476-DN (D. Utah Aug. 31, 2017); *Global Fitness Holdings, LLC v. Federal Recovery Acceptance, Inc.*, 127 F. Supp. 3d 1176 (D. Utah 2015); *Benchmark Group, Inc. v. Penn Tank Lines, Inc.*, 612 F. Supp. 2d 562 (E.D. Pa. 2009); *Astro Technology, Inc. v. Alliant Techsystems, Inc.*, Civil Action No. H-03-0745 (S.D. Tex. Sep. 28, 2005); *Hofmann v. Damarc Quality Inspection Servs., LLC (In re Mountain W. Indus., LLC)*, 592 B.R. 871

A. *Mathurin & Associates, LLC v. Crowe*, 338 F. Supp. 2d 157 (D. Me. 2004). Ambos casos discuten si un corredor tiene derecho a una comisión cuando no se realiza una venta. En *Fairbourn*,[891] el tribunal sostuvo que el corredor tenía derecho a una comisión porque el acuerdo de listado se modificó para ser independiente de la regla "dispuesto, capaz y listo". En *Mathurin*,[892] el tribunal sostuvo que el corredor podría recuperar una comisión si conseguía un comprador dispuesto, capaz y listo, pero el vendedor impedía que se realizara la venta. Estos casos sugieren que el derecho de un corredor a una

(Bankr. D. Utah 2018); *In re Beckstead*, Bankruptcy Number: 05-35213 (Bankr. D. Utah Apr. 26, 2006); entre otros.

891 El tribunal de primera instancia falló a favor de Fairbourn, otorgándoles una comisión de bienes raíces de $153,000, así como los honorarios de los abogados y los costos del juicio. Sin embargo, American apeló esta decisión, argumentando que el acuerdo de listado no otorgaba a Fairbourn el derecho a una comisión hasta que se cerrara la venta, lo cual nunca ocurrió.
El tribunal de apelaciones no estuvo de acuerdo con American y confirmó el fallo del tribunal de primera instancia. Posteriormente, American solicitó un recurso de *certiorari*, argumentando que la frase "vencible y pagadero al cierre" en el acuerdo de listado requería que la transacción se consumara antes de que Fairbourn tuviera derecho a una comisión. El tribunal dictaminó que la frase "vencible y pagadero al cierre" no era ambigua y era simplemente una cláusula de tiempo, no una condición previa al pago. Por lo tanto, el tribunal confirmó la decisión del tribunal de apelaciones, dictaminando que Fairbourn tenía derecho a la comisión.

892 Se trata de un caso entre Richard A. Mathurin & Associates, LLC (el corredor) y Robert E. Crowe, Sr. (el vendedor). Ambos firmaron una carta de compromiso que estipulaba que la comisión del corredor se calcularía según la cantidad que el vendedor recibiera de la venta de su negocio. El corredor encontró un comprador, pero el vendedor hizo una contraoferta que el comprador aceptó. Posteriormente, el comprador y el vendedor firmaron una carta de intención, que establecía que no era vinculante para ninguna de las partes.
El vendedor no proporcionó al comprador la documentación de la condición financiera del negocio y finalmente retiró el negocio del mercado. En respuesta, el corredor demandó al vendedor por su comisión, y el vendedor solicitó un fallo sumario. El tribunal concedió la moción en parte y la negó en parte. Dictaminó que el corredor podría recuperar su comisión si demostraba que había conseguido un comprador dispuesto, capaz y listo, pero el vendedor impidió que se realizara la transacción. Finalmente, el tribunal concedió el fallo sumario al vendedor sobre las reclamaciones del corredor por *enriquecimiento injusto y quantum meruit*.

comisión depende de los términos del acuerdo de listado y del papel del corredor en la obtención de un comprador.

Otros casos, como *In re* A-1 *Planks & sScaffold Mfg., Inc.*, 437 B.R. 689 (Bankr. D. Kan. 2010),[893] proporcionan cierta orientación sobre el tema general de cuándo un corredor tiene derecho a una comisión incluso si una venta no se cierra.[894] En A-1 *Plank*s, el tribunal sostuvo que el corredor tenía derecho a una comisión porque produjo un comprador dispuesto, capaz y listo y fue la causa eficiente y de obtención de la transacción.

También tenemos otros casos como *Salce v. Wolczek*, 104 A.3d 694 (Conn. 2014) e *In re Oak Knoll Assocs., L.P.*, 525 B.R. 175 (Bankr. D. Me. 2015),[895] que proporcionan cierta orientación sobre la importancia

---

893 Seguido por *In re Dalton Crane, L.C.*, 641 B.R. 850 (Bankr. S.D. Tex. 2022); *In re Deliverance Christian Church*, No. 11-62306 (Bankr. N.D. Ohio Nov. 6, 2013).

894 Dos casos de bancarrota relacionados con las actividades comerciales entrelazadas de la familia Allenbaugh estaban siendo administrados conjuntamente en el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos, D. Kansas. Los deudores estaban tratando de vender varias propiedades y equipos, y Sunflower Bank tenía un reclamo en su contra por más de $ 3.5 millones. J.P. Weigand & Co. actuó como corredor de bienes raíces de los deudores y buscó una comisión del 6% sobre la venta de las propiedades. El Banco se opuso al pago de la comisión de Weigand, pero el Tribunal dictaminó que los honorarios del corredor debían permitirse y tratarse como un recargo, y que el Banco financiaría el monto.

895 Seguido por *Southport Congregational Church—United Church of Christ v. Hadley*, 320 Conn. 103 (Conn. 2016); *Centerplan Constr. Co. v. City of Hartford*, 343 Conn. 368 (Conn. 2022); *Parker v. Zoning Comm'n of Town of Wash.*, 209 Conn. App. 631 (Conn. App. Ct. 2022); *Pack 2000, Inc. v. Cushman*, 198 Conn. App. 428 (Conn. App. Ct. 2020); *Reiner v. Reiner*, 190 Conn. App. 268 (Conn. App. Ct. 2019); *Gorski v. McIsaac*, 112 A.3d 201 (Conn. App. Ct. 2015); *Harris v. Scarcelli* (*In re Oak Knoll* Assocs., L.P.), 835 F.3d 24 (1st Cir. 2016); *Nat'l Waste Assocs. v. Lifeway Christian Res. of S. Baptist Convention*, 3:20-cv-00654 (M.D. Tenn. July 25, 2022); *Discuillo v. Allstate Ins. Co.*, CIVIL No. 3:17-CV-234 (KAD) (D. Conn. Feb. 8, 2019); *Malick v. J.P. Morgan Chase Bank*, N.A., CIVIL ACTION No. 3:13-cv-00669 (VLB) (D. Conn. Sep. 29, 2015); Ferguson v. Fairfield Caterers, Inc., No. 3:11-cv-01558 (JAM) (D. Conn. May 20, 2015); *Sikorsky Fin. Credit Union, Inc. v. Butts*, 315 Conn. 433 (Conn. 2015); *Freidheim v. McLaughlin*, 217 Conn. App. 767 (Conn. App. Ct. 2023); *Tolland Meetinghouse Commons, LLC v. CXF Tolland, LLC*, 211 Conn. App. 1 (Conn. App. Ct. 2022); *Liberty Transp., Inc. v. Mass. Bay Ins. Co.*, 189 Conn. App. 595 (Conn. App. Ct. 2019); *MSW Assocs. v. Planning &*

de un acuerdo escrito y el papel del corredor en la transacción. En *Salce*,[896] el tribunal sostuvo que el corredor tenía derecho a una comisión a pesar de que no se produjo ninguna transferencia de título porque se presumía que el corredor tenía derecho a la comisión al ejecutar un acuerdo de venta vinculante. En *Oak Knoll*,[897] el tribunal sostuvo que el corredor no tenía derecho a una comisión porque no se cumplieron los términos del acuerdo de listado.

En general, las autoridades sugieren que un corredor puede seguir teniendo derecho a una comisión incluso si la venta subyacente no se cierra, dependiendo de los términos del acuerdo de listado y si el corredor consiguió un comprador dispuesto, capaz y listo.

Zoning Dep't of Danbury, 202 Conn. App. 707 (Conn. App. Ct. 2021); *Liberty Transp. v. Mass. Bay Ins.* Co., File No. CV-13-6044771-S (Conn. App. Ct. Mar. 27, 2018); *Stone Key Group, LLC v. Taradash*, No. FSTCV166029872S (Conn. Super. Ct. Oct. 11, 2019); *Liberty Transportation, Inc. v. Massachusetts Bay Insurance Co.*, HHDCV136044771S (Conn. Super. Ct. Mar. 27, 2018); *Ridgefield Waterside Motors, LLC v. Borg*, CV165015844S (Conn. Super. Ct. Oct. 30, 2017); *Weinshel, Wynnick & Associates, LLC v. Bongiorno*, No. FSTCV126016910S (Conn. Super. Ct. July 28, 2016); *Brynwood Golf & Country Club, Inc. v. Grbic*, No. FSTCV126012635S (Conn. Super. Ct. July 7, 2016); OneBeacon America Insurance Company v. Hanover Insurance Company, No. HHDCV156057541S (Conn. Super. Ct. July 5, 2016); entre otros.

896 La Corte Suprema de Connecticut confirmó la sentencia del Tribunal de Apelaciones a favor del demandante, Anthony H. Salce, Sr. La disputa surgió de un acuerdo de compraventa entre Salce y Walter Wolczek, en el que Wolczek acordó pagar a Salce una cantidad adicional si se cumplían ciertas condiciones. Wolczek argumentó que la cláusula de contingencia era ambigua y no se aplicaba a la transferencia de la propiedad equitativa, pero el tribunal consideró que el lenguaje era inequívoco y dictaminó que la transferencia de la propiedad equitativa por parte de Wolczek a Brian Vaughn activaba la cláusula. El tribunal también confirmó la concesión de intereses posteriores al juicio a Salce por parte del tribunal de primera instancia. Un juez discrepó, argumentando que la cláusula de contingencia era ambigua y que el juicio sumario era improcedente.

897 Este caso detalla una disputa entre Harris y Scarcelli sobre si Harris tiene derecho a una comisión por el trabajo que realizó en relación con la venta de bienes raíces propiedad de Oak Knoll en Connecticut. Las dos partes presentaron numerosos alegatos y pruebas, y el tribunal finalmente rechazó la solicitud de Harris y otorgó un juicio sumario a favor de Scarcelli y Oak Knoll. El tribunal determinó que Harris no tenía derecho a una comisión por ninguna de las tres vías contractuales, y también rechazó sus argumentos alternativos y reclamos por un gasto administrativo.

B) Caso del comprador de inmuebles engañado (Sentencia III ZR 295/04)

a) Antecedentes del Caso

Esta sentencia se dictó el 22 de septiembre de 2005 por el Tribunal Supremo Federal de Justicia de Alemania, siendo el Juez presidente Schlick (los otros jueces fueron Streck, Dorr, Galke y Dr. Hermann).

Originalmente la sentencia original del Senado Civil del Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein en Schleswig del 28 de mayo de 2004 a favor de los demandantes (compradores) se anula en la apelación del demandado (corredor inmobiliario). Luego, el asunto se remite de nuevo al Tribunal de Apelación para una nueva audiencia y decisión.

Los demandantes (compradores de un inmueble) entablan una demanda de recuperación de honorarios profesionales pagados al corredor de inmuebles por haberles vendido una propiedad inmueble defectuosa.

En 1994, los vendedores (cónyuges SZ) adquirieron la propiedad en cuestión de una ejecución hipotecaria y sabían que desde que fue edificada en 1909 había estado infestada de una bacteria que atacaba la madera de la casa, ubicada en la villa de Art Nouveau. Los demandados (vendedores) ocuparon la casa, pero no la rehabilitaron.

Los demandantes (compradores), con ayuda del demandado (el corredor inmobiliario) compraron la propiedad el 17 de junio de 1994 por 1.6 millones de marcos alemanes. La sección 4 del contrato contenía una exclusión de garantía y la seguridad de que el vendedor "no estaba al tanto de la existencia de defectos ocultos como esponja o bloque de madera." (Sentencia IIIZR 295/04, p.4).

El contrato se produjo, y el comprador (demandante ahora) eximía al vendedor de la obligación de pagar la comisión de intermediación

al demandado (agente inmobiliario) y por tanto se comprometía a pagar a dicho corredor una comisión del 5.5.% del precio de compra más el 15% del impuesto IVA. El contrato se produjo y el corredor tenía un derecho independiente contra el comprador (demandante) por el pago de la comisión.

Los demandantes (compradores) pagaron 101,200 marcos alemanes (al tipo de cambio de esa fecha, era como 51 742.74 euros) al corredor (demandado ahora).

Después de que el testigo S informara a los compradores (demandantes) de la infestación de la madera de la casa en marzo de 1997, demandaron al vendedor para que les devolviera el precio de compra de la casa. El juzgado de distrito confirmó la demanda notificada el 2 de febrero de 1998 mediante sentencia del 9 de abril de 1999. Los vendedores apelaron, pero luego firmaron un "acuerdo de conciliación" notarial (que en realidad era un acuerdo de conversión de traspaso) con los demandantes el 28 de abril de 2000, por medio del cual los vendedores se comprometían a devolver el precio de compra, a pagar una indemnización de 95,000 marcos alemanes y a retirar su recurso a cambio de la retransmisión de la propiedad.

Los demandantes se basaron en que el entonces director gerente del agente demandado estaba al tanto de la infestación en la casa desde 1985, y partir de ello exigieron el reembolso de los honorarios del agente. Su demanda tuvo éxito en los tribunales inferiores, pero la Sala de Apelaciones la revocó.

El Tribunal Federal de Justicia valoró en los fundamentos de derecho que el tribunal de apelación siguió las conclusiones del tribunal regional de que el director gerente del agente inmobiliario (demandando) en ese momento ya estaba al tanto de la infestación de la casa en 1985. Este extremo se corroboró con la manifestación del testigo S. que tuvo contacto con el corredor inmobiliario en ocasión

de la venta de un yate a motor en relación con la casa que se utilizaba en ese entonces como residencia de ancianos.

El Tribunal Federal estimó que se estableció una relación de confianza mediante la cláusula de corretaje incluida en el contrato de compra de la propiedad, que se consideró como un contrato a favor del demandado (corredor) como tercero, y debido a esta posición jurídica, los demandados (corredores inmobiliarios) habrían cumplido obligaciones contractuales accesorias de un acreedor. De ahí que el deber general de protección y cuidado del acreedor se fundamentaba en el deber del demandado de informar a los demandantes de su conocimiento en vista de su aparente necesidad de instrucción sobre la infestación de la casa, a tenor de la cláusula de garantía del contrato de compraventa (Sentencia IIIZR 295/04, primer fundamento de derecho).

El Tribunal Federal consideró que la cláusula por la cual el vendedor se libera de su obligación de pagar la comisión al corredor (demandado) no constituye una reclamación independiente contra el comprador (demandante). Es decir que un contrato a favor de terceros no constituye una relación jurídica contractual independiente entre el prominente (comprador) y el tercero (corredor inmobiliario), pero el tercero (el agente inmobiliario) adquiere un derecho de reclamación separado. "Sin embargo, la titularidad del tercero resulta en la debida diligencia que todo acreedor tiene al momento de ejercer sus derechos. A este respecto, la relación entre el tercero y el promitente se considera similar a un contrato." (Sentencia IIIZR 295/04, segundo considerando de derecho).

El Tribunal Federal estimó concretamente que se debía estudiar la relación fontanal, subyacente y originaria que dio nacimiento al contrato de comisión inmobiliaria, expresando lo siguiente en su tercer fundamento:

Según la jurisprudencia del Senado, el derecho al pago de la comisión de corretaje se extingue si la conversión del contrato de compraventa probada o mediada por el corredor se produce por vicio encubierto dolosamente, si el comprador también hubiera tenido derecho a impugnar el contrato de compra según §123 BGB como resultado del mismo engaño... En esa decisión, el Senado señaló que, desde el punto de vista del agente, la decisión del comprador de si deseaba cambia el contrato de compraventa por un defecto encubierto de manera fraudulenta o impugnaba el contrato por una declaración falsa fraudulenta era aleatoria. Por lo tanto, sería arbitrario hacer depender de esto la existencia de su pretensión de comisión. Más bien, el único factor determinante para la comisión de intermediación es que el contrato mediado o probado adolezca desde el principio de una imperfección por el "defecto de impugnabilidad" y, además, fracase económicamente por ello, comparable a aquellos casos en los que las partes contratantes celebran en el contrato principal respetando el derecho de apelación. Sin embargo, tal tratamiento igualitario de la garantía y la rescisión del contrato presupone que el derecho de rescisión todavía existe y, por lo tanto, el comprador ha hecho valer sus derechos de garantía, en particular dentro del periodo de rescisión de un ano del articulo 124 (1) BGB. (Sentencia IIIZR 295/04, tercer considerando de derecho).

De esta forma queda claro que el Tribunal Federal considera que la suerte del contrato de compraventa contrala el destino del contrato accesorio de corretaje, el cual no es totalmente independiente. La decisión sub judice hace alusión a la sentencia del tribunal regional "en el juicio preliminar de los demandantes contra los vendedores

> sugiere que fueron engañados fraudulentamente por los vendedores" (p. 11).

Por estos considerandos, el Tribunal Federal devuelve los cuadernos de apelación a la Sala de Apelaciones para sentenciar de acuerdo a esta doctrina. Está claro entonces que el corredor inmobiliario también conocía del defecto de la casa y tenía la obligación de proporcionar información clara y no engañosa con respecto a las condiciones del inmueble, de modo que el corredor incurrió en *culpa in contrahendo* por cuanto la información proporcionada era errónea y falsa.

Es necesario revisar el numeral 123 del BGB que estipula (anulabilidad por dolo[898] o coacción):[899]

> (1) Una persona que ha sido inducida a hacer una declaración de intenciones mediante engaño o coacción ilegal puede evitar la declaración.[900]
>
> (2) Cuando un tercero cometió este engaño, una declaración que debía hacerse a otra persona sólo puede evitarse si esta última conocía el engaño o debería haberlo conocido. Si una persona distinta de aquella a quien se ha de hacer la declaración adquirió un derecho como consecuencia directa de la declaración, la declaración hecha a esa persona puede evitarse si conocía o debería haber conocido el engaño.

---

898 Mussy analiza el concepto de "dolo" (fraude) en la formación de contratos, que está relacionado con misrepresentaciones (Mussy, A. (1999). *El deber de información sobre derecho comparado*. Trento-Italia: Alcione S.N.C., pp. 232-233.

899 BGB § 123.

900 Haciendo un paréntesis, en el campo del *common law*, Oughton (2000) aborda el concepto de "coacción económica" y la distinción entre coacción y negociación dura. También discute la importancia de si la víctima protestó, tenía alternativas de acción y recibió asesoramiento independiente (p. 348).

El Tribunal Federal hace referencia a la CIC del corredor inmobiliario por cuanto su deber de informar fue quebrado y por cuanto existió engaño de parte de los vendedores y también del agente inmobiliario.[901]

b) Análisis del Caso

En el caso presentado, el Tribunal Supremo Federal de Justicia de Alemania aborda una situación donde se entrelazan los conceptos de *misrepresentation* y *Culpa in contrahendo* (CIC), particularmente enfocándose en el deber de informar. A continuación, se realiza un análisis comparativo de cómo estos conceptos se aplican y llevan a resultados similares en este caso específico.

a. Análisis de *Misrepresentation*
    1. Aseveración Fáctica Falsa: El corredor inmobiliario, al estar al tanto desde 1985 de la infestación de madera y no revelar esta información crucial a los compradores, proporcionó una aseveración fáctica falsa respecto a la condición de la propiedad.
    2. Naturaleza Fraudulenta: La omisión de información crítica sobre la infestación de la propiedad puede considerarse una conducta fraudulenta, ya que influyó en la decisión de los compradores de proceder con la compra. Dicha

901 Ahora bien, con respecto a la obligación de informar a partir del numeral 311.II del BGB, el Tribunal Federal ha sido consistente en sus resoluciones. Por ejemplo, en la Sentencia XI ZB 3/16 del 23 de octubre de 2018 (Sentencia XI ZB 3/16, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, (2008), la Corte decidió: " La responsabilidad legal especial según el prospecto de la sección 127 (a) versión anterior no sólo incluye la responsabilidad segundo el prospecto del derecho civil general en el sentido más estricto, sino también una reclamación por danos y perjuicios contra la sociedad de inversión de capital por incumplimiento del deber de proporcionar información mediante el suso de un folleto de venta incorrecto al iniciar el contrato de inversión §280 párrafo 1 GBG en conjunto con §311 párrafo 2 BGB."

omisión de información indujo a los compradores a actuar en confianza en dicha incorrecta información.[902]

3. Confianza del Receptor: Los compradores confiaron en la información proporcionada por el corredor, asumiendo que la propiedad estaba libre de defectos significativos.
4. Justificación de la Confianza: La confianza de los compradores estaba justificada dada su relación contractual con el corredor y la expectativa razonable de recibir información completa y precisa sobre la propiedad.

b. Análisis de *Culpa in contrahendo* (CIC).

1. Deber de Cuidado y de Informar: El corredor inmobiliario, al conocer el defecto de la propiedad y no informar a los compradores, incumplió su deber de cuidado y de informar, elementos esenciales en la CIC.
2. Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares: Aunque no hubo una ruptura en las negociaciones, la omisión de información relevante por parte del corredor podría considerarse equivalente a una ruptura maliciosa, ya que indujo[903] a los compradores a un contrato bajo premisas falsas.
3. Daño Causal: Los compradores sufrieron un daño real al comprar una propiedad defectuosa basándose en información incorrecta,[904] lo cual está directamente

902 Oughton señala que una representación errónea (*misrepresentation*) puede llevar a una persona a celebrar un contrato que de otro modo no habría realizado. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 74).

903 Siber (1914) menciona la representación errónea fraudulenta en algunos lugares, como cuando se discute sobre alguien que fue "veranlaßt" (inducido) a comprar acciones sin valor a través de fraude (p. 81).

904 Por su parte Arenas García (2007) discute las consecuencias de la "información defectuosa", lo que podría implicar una representación fraudulenta (p. 328). Asimismo,

relacionado con la violación del deber de informar del corredor.

c. Conclusión

Tanto en el análisis de *misrepresentation* como en el de CIC, se identifica una responsabilidad similar del corredor inmobiliario debido a la falta de divulgación de información vital sobre la propiedad. En ambos casos, esta omisión lleva a una responsabilidad por los daños sufridos por los compradores. La sentencia refleja cómo la omisión de información relevante, tanto bajo el concepto de *misrepresentation* como bajo la CIC, puede llevar a consecuencias legales significativas para la parte que incumple su deber de informar de manera transparente y completa.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que el hecho de que un corredor de bienes raíces no revele un defecto oculto en una propiedad puede resultar en la pérdida de su comisión, así como en una posible responsabilidad por incumplimiento de contrato, misrepresentación negligente u ocultación fraudulenta.

Varias de las autoridades encontradas abordan el deber de un corredor de bienes raíces de revelar información material a un cliente. Por ejemplo, en el caso *Lombardo v. Albu*, 199 Ariz. 97 (Ariz. 2000),[905] el tribunal discute el deber de un agente de bienes raíces de

---

en el tema de brindar información defectuosa por parte de un banco, que genera confusión, ver Barrientos Zamorano (2012, pp. 838-840).

905 Seguido por *Queiroz v. Harvey*, 205 P.3d 1120 (Ariz. 2009); *Helmke v. Serv. First Realty, LLC*, No. 1 CA-CV 14-0078 (Ariz. Ct. App. Feb. 26, 2015); *Lugo v. Qwest Corp.*, No. CIV 13-1418-TUC-CKJ (D. Ariz. Feb. 14, 2014); *Fairview Development Corp. v. Aztex Custom Homebuilders*, No. CV-07-0337-PHX-SMM (D. Ariz. Mar. 2, 2009); *Shepherd v. Costco Wholesale Corp.*, 482 P.3d 390 (Ariz. 2021); *Paradigm Ins. Co. v. the Langerman Law Offices*, 200 Ariz. 146 (Ariz. 2001); *Abromovitz Inv. Props., L.L.C. v. Red Eyed Jack Sports Bar, Inc.*, No. 1 CA-CV 12-0869 (Ariz. Ct. App. Apr. 17, 2014); *Graven v. Sienicki*, No. 1 CA-CV 13-0253 (Ariz. Ct. App. Feb. 18, 2014); *Gilbert Tuscany*

revelar información material a todas las partes en una transacción.[906] Análogamente, en el caso *Aharon v. Babu*, 22 C 04502 (N.D. Ill. Feb. 24, 2023),[907] el tribunal discute el deber de un corredor de bienes raíces de revelar los defectos latentes. Ambos casos sugieren que el hecho de que un corredor no revele información sustancial puede resultar en responsabilidad.

El caso *Fayne v. Vincent*, 301 S.W.3d 162 (Tenn. 2009)[908] discute el deber de un vendedor de revelar hechos materiales a un comprador

---

Lender, LLC v. Wells Fargo Bank, 307 P.3d 1025 (Ariz. Ct. App. 2013); *Stud v. Cains*, No. CV-15-01045-PHX-DJH (D. Ariz. Aug. 30, 2019); *Sandpiper Resorts Dev. Corp. v. Global Realty Invs., LLC*, 2:08-cv-01360 JWS (D. Ariz. Aug. 6, 2012); *QC Construction Products, LLC v. Cohill's Building Specialties, Inc.*, 423 F. Supp. 2d 1008 (D. Ariz. 2006); *Wells Fargo Bank v. Arizona Laborers*, 201 Ariz. 474 (Ariz. 2002); *Slater v. Ariz. Bd. of Regents*, No. 1 CA-CV 19-0030 (Ariz. Ct. App. Jan. 23, 2020); *Ratliff v. Hardison*, 219 Ariz. 441 (Ariz. Ct. App. 2008); *Grubb Ellis Management v.* 407417 B.C, 213 Ariz. 83 (Ariz. Ct. App. 2007); entre otros.

906 Los Lombardo presentaron una demanda contra Elaine Albu, una agente de bienes raíces, alegando que no les informó que el comprador de su propiedad no pudo cumplir debido a dificultades financieras. En un principio, tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelaciones fallaron a favor de Albu, sosteniendo que no tenía ningún deber legal con el vendedor.
Sin embargo, los Lombardo argumentaron que una regulación del Departamento de Bienes Raíces establecía un estándar de cuidado por negligencia, o en su defecto, formaba la base para una causa de acción privada. Finalmente, el tribunal revocó la sentencia del tribunal de primera instancia y anuló la opinión del tribunal de apelaciones, concluyendo que el agente del comprador tenía un deber legal con el vendedor.

907 El caso *Aharon v. Babu*, resuelto en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Illinois en febrero de 2023, involucró a los demandantes Refael Aharon y otros, quienes alegaron problemas en su casa de alquiler, como radón y moho no revelados. Los acusados presentaron mociones de desestimación, algunas de las cuales fueron concedidas en parte. El tribunal desestimó algunos cargos, pero permitió que otros continuaran, incluida la demanda basada en la Ley de Fraudes y Prácticas Comerciales Injustas de Illinois (ICFA). El caso se centró en el conocimiento de los demandados sobre los problemas en la propiedad y las reclamaciones de incumplimiento de contrato y garantía de habitabilidad.

908 Seguido por *Davis v. McGuigan*, 325 S.W.3d 149 (Tenn. 2010); *Hall v. Tabb*, No. W2020-00740-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Mar. 25, 2021); *Humphreys v. Bank of Am.*, No. 11-2514-STA-tmp (W.D. Tenn. May 10, 2013); *Womac v. First Volunteer Bank*, Civil No. 1:10-CV-00052 (E.D. Tenn. Jan. 3, 2012); *Martin v. Rolling Hills Hosp.*, LLC,

y las consecuencias de no hacerlo. El tribunal en ese caso determinó que el vendedor violó la Ley de Protección al Consumidor de Tennessee al no revelar problemas con el sistema séptico.[909]

---

600 S.W.3d 322 (Tenn. 2020); *Powell v. Community Health Systems*, Inc., 312 S.W.3d 496 (Tenn. 2010); *Hastings v. Hastings*, No. W2020-01665-COA-R3-JV (Tenn. Ct. App. Nov. 9, 2023); *Clark v. Givens*, No. M2022-00341-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Nov. 2, 2023); *Willett v. Olymbec U.S.*, No. W2022-00028-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. July 27, 2023); *FedTr. Fed. Credit Union v. Brooks*, No. W2022-01119-COA-R3-CV (Tenn. Crim. App. June 14, 2023); *Self v. Self*, No. E2021-01130-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Dec. 1, 2022); *Tenn. Dep't of Safety & Homeland Sec. v. Shell*, No. M2021-00108-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. May 4, 2022); *Jones v. Helms*, No. W2019-00864-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Nov. 19, 2020); *Knapp v. Boykins*, No. W2019-02154-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Aug. 18, 2020); *McCullough v. Rawls*, No. E2018-00016-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Jan. 30, 2019); *Jackson v. Burrell*, No. W2018-00057-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Jan. 16, 2019); *Hanson v. J.C. Hobbs Co.*, No. W2011-02523-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Nov. 21, 2012); *Signature Designs Grp., LLC v. Ramko*, No. M2011-01086-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. June 29, 2012); *Roberts v. Bridges*, No. M2010-01356-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. May 17, 2011); *Poole v. Union Planters Bank, N.A.*, 337 S.W.3d 771 (Tenn. Ct. App. 2010); *EPAC Techs. v. HarperCollins Christian Publ'g, Inc.*, No. 19-5836 (6th Cir. Apr. 15, 2020); *Am. Props. Co. v. The Welfont Grp.*, 2:22-cv-02329-SHL-tmp (W.D. Tenn. Sep. 19, 2023); *Alsbrook v. Concorde Career Colls., Inc.*, 469 F. Supp. 3d 805 (W.D. Tenn. 2020); *Hinman v. Valleycrest Landscape Dev., Inc.*, No. 3:19-cv-00551 (M.D. Tenn. Jan. 28, 2020); *Harris v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.*, 367 F. Supp. 3d 768 (M.D. Tenn. 2019); *Wozniak v. Ford Motor Co.*, No. 2:17-cv-12794 (E.D. Mich. Jan. 4, 2019); *Layne v. Ocwen Loan Servicing, LLC*, No. 4:17-CV-4 (E.D. Tenn. Mar. 28, 2018); *Sony/ATV Music Publ'g LLC v. 1729172 Ont., Inc.*, Civil No. 3:14-cv-1929 (M.D. Tenn. Aug. 11, 2016); *Bridgestone Am.'s, Inc. v. Int'l Bus. Machs. Corp.*, 172 F. Supp. 3d 1007 (M.D. Tenn. 2016); *Guevara v. Umh Props., Inc.*, No. 2:11-cv-2339-SHL-tmp (W.D. Tenn. Oct. 29, 2014); *Sipes v. Madison Cnty.*, No. 12-1130 (W.D. Tenn. May 16, 2014); *Amour v. Bank of Am., N.A.*, 1:13-CV-144 (E.D. Tenn. Dec. 10, 2013); *Tannenbaum v. Fed. Ins. Co.*, No. 3:11-cv-01077 (M.D. Tenn. June 24, 2013); *LeBlanc v. Bank of Am., N.A.*, 2:13-cv-02001-JPM-tmp (W.D. Tenn. June 18, 2013); *Arch Wood Protection, Inc. v. Flamedxx, LLC*, 932 F. Supp. 2d 858 (E.D. Tenn. 2013); *Wardlow v. State Farm Fire & Cas. Co.*, No. 11-2127-STA (W.D. Tenn. Mar. 26, 2012); Renasant Bank v. Ericson, No. 3:10-cv-0302 (M.D. Tenn. Feb. 27, 2012); entre otros.

909 El caso *Fayne v. Vincent*, decidido por la Corte Suprema de Tennessee en 2009, se centra en la venta de una casa por parte de los Vincent a los Faynes. Los Vincent, que están en el negocio de desarrollo y venta de propiedades residenciales, no revelaron problemas con el sistema séptico antes de la venta. Los Faynes presentaron una demanda alegando misrepresentación negligente, fraude y violaciones de la Ley de Protección al Consumidor de Tennessee (TCPA). El tribunal de primera instancia determinó que los Vincent violaron la declaración de divulgación, pero no actuaron de manera fraudulenta. Ordenaron la recompra de la propiedad, pero no otorgaron daños punitivos ni honorarios de abogados. Los Faynes apelaron, y el

El caso de *Nichols v. Minnick*, 885 N.E.2d 1 (Ind. 2008)[910] es particularmente relevante, ya que aborda las consecuencias para un corredor de bienes raíces que no revela información material a un cliente. En ese caso, el tribunal sostuvo que un corredor que incumple su deber fiduciario de revelar información sustancial pierde su derecho a recibir una comisión por sus servicios.[911]

---

tribunal ordenó daños y honorarios de abogados. Los Vincent apelaron nuevamente, argumentando que la TCPA no se aplicaba porque vendían su residencia personal. Sin embargo, la Corte Suprema de Tennessee confirmó la decisión, señalando que la TCPA se aplicaba porque estaban actuando en calidad de negocios y que la falta de revelación se consideraba engañosa.

910 Seguido por *Magnesita Refractories Co. v. Mishra*, No. 2:16-cv-524-PPS-JEM (N.D. Ind. Dec. 7, 2018); *In the Matter of GS Consulting Services, Inc.*, No. 05-33646 HCD (Bankr. N.D. Ind. Mar. 17, 2009); *Patchett v. Lee*, 60 N.E.3d 1025 (Ind. 2016); *Bonnell v. Cotner*, 50 N.E.3d 361 (Ind. 2016); *Woodruff v. Indiana Family & Soc. Servs. Admin.*, 964 N.E.2d 784 (Ind. 2012); *State ex rel. Indiana State Bar Ass'n v. United Financial Systems Corp.*, 926 N.E.2d 8 (Ind. 2010); *Roberts v. Community Hospitals of Indiana, Inc.*, 897 N.E.2d 458 (Ind. 2008); *Nordin v. Town of Syracuse*, 192 N.E.3d 205 (Ind. App. 2022); *Ind. Univ. v. Thomas*, 167 N.E.3d 724 (Ind. App. 2021); *Nadeem v. Abubakar*, Court of Appeals No. 18A-DR-524 (Ind. App. Apr. 1, 2019); *Schafer v. Borchert*, 55 N.E.3d 914 (Ind. App. 2016); *Estate of Bartruff v. Hain*, 20 N.E.3d 927 (Ind. App. 2014); *Robertson ex rel. Ind. Patient's Comp. Fund v. Clark*, 995 N.E.2d 18 (Ind. App. 2013); *Farmers Mutual Insurance Co. of Grant & Blackford Counties v. M Jewell, LLC*, 992 N.E.2d 751 (Ind. App. 2013); *Scholz v. Kirk*, 990 N.E.2d 527 (Ind. App. 2013); *Demming v. Underwood*, 943 N.E.2d 878 (Ind. Ct. App. 2011); *Gertz v. Estes*, 922 N.E.2d 135 (Ind. Ct. App. 2010); entre otros.

911 Nichols, propietario de Bedford Hideaway Lounge, Inc. (BHL), contrató al corredor de bienes raíces Minnick para vender BHL debido a problemas de salud. A pesar de que Nichols inicialmente quería vender BHL por $300,000, Minnick sugirió un precio más bajo y acordaron venderlo por $245,000. Minnick solo mostró la propiedad a un comprador potencial, Blickensdorf, quien ofreció $225,000. Nichols aceptó la oferta siguiendo el consejo de Minnick. El acuerdo entre Nichols y Blickensdorf involucraba un pago inicial y un pagaré a plazos. Sin embargo, Blickensdorf tuvo problemas, y Minnick le prestó dinero sin que Nichols lo supiera. Nichols demandó a Minnick por violar su deber fiduciario, y el tribunal de primera instancia falló a favor de Nichols. El Tribunal de Apelaciones confirmó la decisión, discutiendo los estándares legales aplicables, el incumplimiento del deber fiduciario de Minnick y las opciones disponibles para Nichols.

Por último, el caso *Lafarge v. Discovery Grp.*, 574 F.3d 973 (8th Cir. 2009)[912] analiza los deberes de los corredores y agentes de bienes raíces de revelar los defectos materiales en la propiedad y la posible responsabilidad por no hacerlo.[913]

---

912 Seguido por *Chavis Van & Storage of Myrtle Beach, Inc. v. United Van Lines, LLC*, 784 F.3d 1183 (8th Cir. 2015); *Douglas Grp. v. TF Publ'g, Inc.*, No. 4:15 CV 1367 RWS (E.D. Mo. Jan. 4, 2017); *Nostrum Labs., Inc. v. Balboa Capital Corp.*, No. 16-01040-CV-W-ODS (W.D. Mo. June 1, 2018); *Hogan Logistics, Inc. v. Davis Transfer Co.*, No. 4:16-CV-1541 CAS (E.D. Mo. Jan. 9, 2018); *Sosne v. Fed. Deposit Ins. Corp.*, No. 4:14 CV 1491 RWS (E.D. Mo. Feb. 29, 2016); *T.J. Ahrens Excavating, Inc. v. AMEC Constr. Mgmt. Inc.*, No. 4:10-CV-1313 SNLJ (E.D. Mo. Jan. 31, 2012); *Hillcrest Bank, N.A. v. Cordsen*, No. 10-00967-CV-W-DGK (W.D. Mo. June 1, 2011); *Lund-Ross Constructors, Inc. v. Buchanan (In re Buchanan)*, 31 F.4th 1091 (8th Cir. 2022); *BNSF Ry. Co. v. Seats, Inc.*, 900 F.3d 545 (8th Cir. 2018); *City of Kennett v. Envtl. Prot. Agency*, 887 F.3d 424 (8th Cir. 2018); *Loftness Specialized Farm Equip., Inc. v. Twiestmeyer*, 742 F.3d 845 (8th Cir. 2014); *Olivier Family Interests, Ltd. v. Wright*, 527 F. App'x 596 (8th Cir. 2013); *Shaw Hofstra & Assocs. v. Ladco Dev., Inc.*, 673 F.3d 819 (8th Cir. 2012); *Frevert v. Ford Motor Co.*, 614 F.3d 466 (8th Cir. 2010); *Lockton Cos. v. Giblin*, 22-cv-00791-SRB (W.D. Mo. Mar. 31, 2023); *SBFO Operator No. 3 v. Onex Corp*, 4:19-CV-03271-JAR (E.D. Mo. Mar. 24, 2023); *W. Silver Recycling, Inc. v. Nidec Motor Corp.*, 601 F. Supp. 3d 448 (E.D. Mo. 2022); *Jackson v. NuVasive, Inc.*, Civil Action 21-53-RGA (D. Del. Feb. 11, 2022); *Enslein v. Di Mase*, No. 16-09020-CV-W-ODS (W.D. Mo. Sep. 11, 2019); *Docutap, Inc. v. Urgent Care of Mountain View, PLLC*, 4:17-CV-04148-KES (D.S.D. Aug. 2, 2019); *Farm Journal, Inc. v. Johnson*, No. 4:19-cv-00095-SRB (W.D. Mo. Apr. 24, 2019); *Design Nine, Inc. v. Arch Rail Grp., LLC*, No. 4:18 CV 428 CDP (E.D. Mo. Mar. 25, 2019); *Owens Corning Sales, LLC v. Area Impianti S. P.A.*, No. 6:18-cv-03038-MDH (W.D. Mo. Dec. 13, 2018); *Spectrum Brands, Inc. v. Compton's, LLC*, No. 2:16CV30 HEA (E.D. Mo. Aug. 21, 2018); *Pratt v. Air Evac Lifeteam*, 329 F. Supp. 3d 722 (W.D. Mo. 2018); *Cystic Fibrosis Pharmacy, Inc. v. Express Scripts, Inc.*, No. 4:16-CV-1167 HEA (E.D. Mo. Jan. 22, 2018); *HHCS Pharmacy, Inc. v. Express Scripts, Inc.*, No. 4:16-CV-1169 RLW (E.D. Mo. Dec. 15, 2017); *Custom Hardware Eng'g & Consulting, Inc. v. Dowell*, 918 F. Supp. 2d 916 (E.D. Mo. 2013); *Edmonds Group, L.L.C. v. Platinum Protection, L.L.C.*, No. 4:10CV2317 HEA (E.D. Mo. Aug. 8, 2011); *Fidelity Insurance Company v. Express Scripts, Inc.*, No. 4:03CV1521 HEA (E.D. Mo. July 7, 2011); *Akers v. RSC Equipment Rental, Inc.*, No. 4:09CV2022 HEA (E.D. Mo. July 12, 2010); *In re Peabody Energy Corp.*, No. 16-42529-399 (Bankr. E.D. Mo. Oct. 12, 2017); entre otros.

913 Lafarge contrató a Discovery Group para ayudar con la reubicación de su sede en Missouri. Firmaron un Acuerdo de Representación Exclusiva (ERA) que estipulaba que Discovery Group ayudaría en la selección del sitio. Lafarge argumenta que Discovery Group debía investigar y divulgar incentivos económicos y tasas impositivas, pero Discovery Group afirmaba que la subasta electrónica inversa no hacía referencia a estos aspectos. El tribunal de distrito falló a favor de Discovery Group, pero el Tribunal de Apelaciones revocó la decisión, considerando que la ERA era ambigua y

C) Caso de la Obligación del Banco de Informar al Futuro Prestamista (Sentencia XI ZR 205/05)

a) Antecedentes del Caso

Esta sentencia fue dictada el 17 de octubre de 2006 y el veredicto versa sobre la obligación del banco de informar al cliente que solicita crédito no sólo de una inmoralidad conocida del acuerdo de precio de compra, sino también de una tergiversación fraudulenta reconocida del vendedor de acuerdo con § 123 BGB[914] sobre las propiedades esenciales del artículo comprado y/o de una *culpa intencional en contrahendo* suele asociarse con esto sin que se le pregunte.

Este caso viene del Tribunal Regional Superior de Colonia del 29 de junio de 2005. Los hechos relatados a continuación los veremos en detalle.

Los demandantes reclaman daños y perjuicios al banco demandado por omitir proporcionar información en relación con la adquisición de un condominio defectuoso. En otoño de 1993, los demandantes, An y su esposa, decidieron comprar un condominio a través de la mediación de H, quien les entregó un prospecto. Después de considerarlo, decidieron comprar el apartamento en el complejo de condominios G. Cerraron un contrato de compra por el precio de 256.650 marcos alemanes y ordenaron una carga de tierra.

---

que "objetivos" incluía beneficios e inconvenientes económicos. También revocaron la concesión de un juicio sumario sobre reclamos de Lafarge por incumplimiento de contrato y *misrepresentation*. El caso aborda las obligaciones legales de un corredor de bienes raíces en Missouri, elementos de un reclamo por negligencia y rescisión de contratos debido a misrepresentaciones.

914 El numeral 123 del BGB estipula que (1) Una persona que ha sido inducida a hacer una declaración de intenciones mediante engaño o coacción ilegal puede evitar la declaración.
(2) Cuando un tercero cometió este engaño, una declaración que debía hacerse a otra persona sólo puede evitarse si esta última conocía el engaño o debería haberlo conocido. Si una persona distinta de aquella a quien se ha de hacer la declaración adquirió un derecho como consecuencia directa de la declaración, la declaración hecha a esa persona puede evitarse si conocía o debería haber conocido el engaño.

El 22 de diciembre de 1993, los demandantes firmaron un contrato de financiamiento en la sucursal del demandado para cubrir el precio de compra del condominio. El contrato no incluía instrucciones de cancelación según la Ley de cancelación a domicilio. El gerente de la sucursal del demandado tomó la hoja de valoración y el folleto del intermediario que indicaba el tamaño del apartamento y su precio. El pago se realizó a través de una cuenta de depósito en garantía en manos del demandado. Tras una nueva valoración realizada en 1995, los demandantes se unieron a otros compradores perjudicados en una comunidad de intereses. En febrero de 1996, la junta directiva del demandado informó sobre su incumplimiento del deber y la justificación de la responsabilidad por daños y perjuicios. Después de la expiración del contrato de préstamo a tasa fija de cinco años acordado, se acordó una nueva tasa de interés para el préstamo a fines de 1998. La demandante alega nuevamente *culpa in contrahendo*.

En la carta del 29 de abril de 2002, los demandantes retiraron sus declaraciones de contrato de préstamo según la Ley de Cancelación Domiciliaria y justificaron una responsabilidad por daños y perjuicios. Los demandados afirmaron que su gerente de sucursal y el oficial de préstamo sabían que los demandantes habían sido engañados por el mediador y habían comprado una propiedad de menor valor y en peor estado que la indicada en el folleto del intermediario. Los demandantes reclamaron la diferencia entre los ingresos por alquiler, los pagos mensuales del préstamo, los gastos accesorios y las reparaciones, junto con los beneficios fiscales obtenidos, por un total de 53.302€. Reclamaron una cantidad parcial de 39.819,69€ más intereses, así como la exención de la deuda del préstamo y la propiedad del condominio. El Tribunal de Distrito desestimó la demanda y la apelación del demandante no tuvo éxito. Continúan su denuncia en su apelación.

El Tribunal Federal en el párrafo 14 de la sentencia estudiada expuso:

> Ella pasa por alto el hecho de que el banco le está dando a su cliente que busca préstamos no sólo una inmoralidad reconocida de los acuerdos de precio de compra, sino también una tergiversación fraudulenta reconocida del vendedor o intermediario sobre las propiedades esenciales del artículo comprado y/o debe similar una culpa intencional en contrahendo que a menudo se asocia con esto sin que se le pregunte. (Sentencia XI ZR 205/05, Tribunal Federal de Justicia de Alemania. (2008)).
>
> Es decir, el Tribunal valoró el hecho de que los demandados tenían información sobre las condiciones del inmueble y no la divulgaron al demandante (comprador), sobrevalorando la propiedad de manera tendenciosa, toda vez que el comprador ya había impugnado el contrato con el vendedor por dolo en la contratación. Finalmente, el Tribunal en su párrafo 24 expone que la buena fe precontractual fue violada por el agente (demandado) al amparo del numeral § 242 del BGB, que dice: "El deudor está obligado a cumplir la prestación requerida por la buena fe con respecto a la práctica habitual."[915]

De esta manera, el Tribunal une el principio de la buena fe con la obligación de divulgar la información fidedigna en la etapa precontractual, encontrando culpa grave o dolo en el ocultamiento de información al demandante, o sea encontró *culpa in contrahendo* en el demandado, por lo cual reenvía el caso al Tribunal de Apelación para revisar la sentencia conforme a sus considerandos.

915 BGB § 242.

Este caso se hubiera resuelto en el *common law* a través del principio del *misrepresentation* (tergiversación), que es -como lo vimos en detenimiento en el capítulo III- una figura diferente a la del PE. Es más, el mismo Tribunal en su sentencia utiliza el razonamiento que la conducta del demandado corredor y de los vendedores fue una tergiversación fraudulenta.

Por otra parte, vemos que el tema que nos convoca, cual es el deber de brindar información en la etapa precontractual, al amparo del numeral 311 del BGB, imbuido del principio de buena fe a la luz del numeral 242 del BGB, ha sido receptado por la jurisprudencia alemana dentro de la doctrina de la *culpa in contrahendo*.

b) Análisis del Caso

En este caso presentado ante el Tribunal Federal de Alemania, se destaca la importancia del deber de informar en la etapa precontractual,[916] un principio central tanto en la doctrina de *Culpa in contrahendo* (CIC) como en la del *misrepresentation*. Vamos a analizar el caso bajo ambos conceptos, destacando las similitudes y cómo ambos podrían haber llevado a resultados similares.

a. Análisis bajo la Doctrina de *Misrepresentation*

1. Aseveración Fáctica Falsa: La información errónea o tergiversada proporcionada por el banco respecto a las condiciones del inmueble constituye una aseveración fáctica falsa. En el capítulo II vimos que múltiples leyes del *common law* americano imponen a los bancos la obligación de informar a futuro prestamista, como por ejemplo las leyes de RESPA, TILA, etc.[917]

916 Este deber de informar durante las negociaciones contractuales ha sido puesto en relieve por Arenas García (2007, pp. 325-326).

917 Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Estados Unidos); Consumer Data Protection Act of 2023 (Estados Unidos); Consumer Fraud and Deceptive Business

2. Naturaleza Fraudulenta: El hecho de que el banco estuviera consciente de las condiciones reales del inmueble y aun así presentara una valoración inflada implica una posible conducta fraudulenta.
3. Confianza del Receptor: Los demandantes (compradores) confiaron en la información proporcionada por el banco al decidir adquirir el condominio.
4. Justificación de la Confianza: Dada la posición del banco como una entidad financiera y proveedora del préstamo, la confianza de los compradores estaba justificada y se esperaba una representación honesta del valor y estado del inmueble.

b. Análisis bajo la Doctrina de *Culpa in contrahendo* (CIC).
   1. Deber de Cuidado y de Informar: El banco, al tener información sobre el estado real del inmueble y no revelarla, incumplió su deber de cuidado y de informar a los compradores potenciales, un elemento clave en la CIC.

Practices Act of Illinois of 1961 (Illinois); Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Estados Unidos); Consumer Protection Act of 2010 (Estados Unidos); Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Tennessee); Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos); Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Estados Unidos); Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Estados Unidos); Federal Odometer Act of 1972 (Estados Unidos); Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Estados Unidos); Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Estados Unidos); Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Estados Unidos); Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Estados Unidos); Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Estados Unidos); Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Estados Unidos); Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.); Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.); Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Estados Unidos); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Nueva York, 1970); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Carolina del Norte); Uniform Voidable Transactions Act (2014, UVTA) (Estados Unidos).

2. Engaño o Dolo en la Contratación: La ocultación de información relevante y la sobrevaloración del inmueble pueden interpretarse como un acto de engaño o dolo, lo cual es consistente con una culpa intencional en contrahendo.
3. Buena Fe Precontractual:[918] Según el numeral § 242 del BGB, la buena fe precontractual fue violada al no divulgar información esencial durante la etapa precontractual, lo que llevó al Tribunal a encontrar *culpa in contrahendo*.

c. Conclusión

Tanto bajo la doctrina de *misrepresentation* como bajo la CIC, se destaca la responsabilidad del banco por no proporcionar información precisa y transparente durante la etapa precontractual. En ambos casos, la omisión de información clave y la presentación engañosa de las condiciones del inmueble constituyen una violación de los deberes legales, que resulta en la responsabilidad por daños y perjuicios. El Tribunal Federal de Alemania, al resaltar la importancia de la buena fe y la obligación de informar, refleja cómo la violación de estos principios fundamentales puede llevar a una responsabilidad significativa en el ámbito legal.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

En general, las autoridades están de acuerdo en los elementos de una alegación de *misrepresentation*.[919] Como podemos percibir

---

918 Barrientos Zamora (2012) menciona que en el *common law*, el tribunal interpretará los hechos de manera objetiva. Esto protege a la parte que razonablemente cree en lo que la otra parte ha dicho o hecho, lo cual está en línea con el principio de buena fe (p. 834).

919 Las autoridades sugieren que para establecer una demanda por *misrepresentation*, el demandante generalmente debe probar: (1) una representación, (2) su falsedad, (3) su materialidad, (4) el conocimiento del hablante de su falsedad o ignorancia de su verdad, (5) la intención del hablante de que se actúe sobre la representación, (6) la ignorancia del oyente de su falsedad, (7) la confianza del oyente en la representación, y (8) la consiguiente lesión del oyente.

en este caso, el Tribunal Supremo Federal de Alemania enfatizó el deber del banco de revelar las declaraciones falsas fraudulentas de vendedores o corredores con respecto a la información esencial de la propiedad. Este deber surge de la obligación del banco de actuar de buena fe durante la etapa precontractual.

Las autoridades de otras jurisdicciones, brindan algunas orientaciones concomitantes con este principio. Por ejemplo, el caso *Pimental v. Wachovia Mortg. Corp.*, 411 F. Supp. 2d 32 (D. Mass. 2006)[920] discute el deber del banco de revelar las declaraciones falsas fraudulentas, así como el deber de buena fe del banco.[921]

---

920 Seguido por *Fernandes v. Havkin*, 731 F. Supp. 2d 103 (D. Mass. 2010); *Alpine Bank v. Hubbell*, 506 F. Supp. 2d 388 (D. Colo. 2007); *Bessette v. IKO Indus.*, 30 F.4th 75 (1st Cir. 2022); *Famm Steel, Inc. v. Sovereign Bank*, 571 F.3d 93 (1st Cir. 2009); Bessette v. IKO Indus., CIVIL ACTION No. 4:19-cv-40017-TSH (D. Mass. Aug. 18, 2020); Mack v. Cultural Care Inc., Civil Action No. 1:19-cv-11530-ADB (D. Mass. Aug. 12, 2020); *Focused Impressions, Inc. v. Sourcing Grp.*, Civil Action No. 19-cv-11307-ADB (D. Mass. Mar. 13, 2020); *Bek v. Wells Fargo Home Mortg.*, CIVIL ACTION No. 18-11096-DHH (D. Mass. Sep. 7, 2018); *Saunwin Int'l Equities Fund LLC v. Donville Kent Asset Mgmt. Inc.*, Civil Action No. 17-11585-FDS (D. Mass. July 20, 2018); *Fafard Bus. Tr. v. Travelers Cas. & Sur. Co. of Am.*, CIVIL ACTION No. 16-cv-40070-TSH (D. Mass. Mar. 30, 2018); *Bridge Over Troubled Waters, Inc. v. Argo Tea, Inc.*, 220 F. Supp. 3d 213 (D. Mass. 2016); *Town of Lexington v. Pharmacia Corp.*, 133 F. Supp. 3d 258 (D. Mass. 2015); *Bou-Nassif v. Bank of Am., N.A.*, 99 F. Supp. 3d 220 (D. Mass. 2015); *Murphy v. Nat'l Grange Mut. Ins. Co.*, Civil No. 13-11363-FDS (D. Mass. Oct. 16, 2014); *Jones v. FMA Alliance Ltd.*, 978 F. Supp. 2d 84 (D. Mass. 2013); *Jones v. FMA Alliance Ltd.*, 978 F. Supp. 2d 84 (D. Mass. 2013); *Lechoslaw v. Bank of America, N.A.*, 575 F. Supp. 2d 286 (D. Mass. 2008); *Backman v. Smirnov*, 751 F. Supp. 2d 304 (D. Mass. 2010); *Cytologix Corporation v. Ventana Medical Systems, Inc.*, Civil Action No. 00-12231-RWZ, No. 01-10178-RWZ (D. Mass. July 20, 2006); *Goldsmith v. Marsh U.S., Inc. (In re Glasshouse Techns., Inc.)*, 604 B.R. 600 (Bankr. D. Mass. 2019); *In re Aaron v. Wash.*, 455 B.R. 344 (Bankr. D. Mass. 2011); *In re Aaron v. Wash.*, 455 B.R. 344 (Bankr. D. Mass. 2011); *Purdy v. East Cambridge Sav. Bank*, MICV201102395F (Mass. Super. Mar. 25, 2012).

921 Pimental presentó una demanda enmendada contra Wachovia en el Tribunal Superior de Massachusetts, alegando incumplimiento de contrato, negligencia y violación de las Leyes Generales de Massachusetts, Capítulo 93A, Sección 2(A). Pimental solicitó daños y perjuicios, costos, intereses y honorarios de abogados, así como daños dobles o triples por la supuesta mala fe y violación intencional del Capítulo 93A por parte de Wachovia. Sin embargo, Wachovia alegó que no tenía la obligación de garantizar que el contratista completara la obra a satisfacción de Pimental,

El caso de *Cnty. of Monroe v. Purdue Pharma L.P. (In re Nat'l Prescription Opiate Litig.)*,[922] 458 F. Supp. 3d 665 (N.D. Ohio 2020)[923] analiza los requisitos de alegación para las reclamaciones por fraude, que podrían ser análogos al enfoque de nuestro caso. Por otra parte, el caso *Lucky v. THT Realty*, 278 Neb. 997 (Neb. 2009)[924] discute los

---

ya que la disposición relativa a la inspección del préstamo para la construcción era únicamente en su propio beneficio. El tribunal finalmente desestimó los tres cargos contra Wachovia, encontrando que la compañía no incumplió su contrato con Pimental, no fue negligente y no incurrió en prácticas desleales o engañosas.

922 Seguido por *Cnty. of Monroe v. Purdue Pharma L.P. (In re Nat'l Prescription Opiate Litig.)*, 458 F. Supp. 3d 665 (N.D. Ohio 2020; *Cnty. of Lake v. Purdue Pharma (In re Nat'l Prescription Opiate Litig.)*, MDL 2804 (N.D. Ohio Mar. 7, 2022); *Cnty. of Lake v. Purdue Pharma, L.P. (In re Nat'l Prescription Opiate Litig.)*, 589 F. Supp. 3d 790 (N.D. Ohio 2022); *Golden Star Wholesale, Inc. v. ZB Importing, Inc.*, 531 F. Supp. 3d 1231 (E.D. Mich. 2021); *City of Charleston v. Joint Comm'n*, 473 F. Supp. 3d 596 (S.D.W. Va. 2020).

923 El caso involucró tres mociones separadas para desestimar la demanda presentada por los Distribuidores, Farmacias y Fabricantes. El condado de Monroe alegó que los acusados fabricaban, vendían y comercializaban opioides recetados, alimentando la crisis de opioides a través de una campaña de marketing basada en información falsa. Además, los acusados presuntamente no mantuvieron controles efectivos sobre la distribución de opioides, buscaron activamente evadir los controles y vendieron y distribuyeron opioides en cantidades que excedían las necesidades médicas legítimas. El Condado de Monroe presentó reclamos por violación de RICO, la Ley de Protección al Consumidor de Michigan (MCPA), alteración del orden público, negligencia, enriquecimiento injusto, fraude y ocultamiento fraudulento, y conspiración civil. El Tribunal se pronunció sobre varios argumentos presentados por los demandados, entre ellos que Monroe carecía de legitimación, que las reclamaciones estaban precedidas por la ley federal o prohibidas por la Ley de Responsabilidad por Productos de Michigan (MPLA), y que se aplicaba la doctrina de los servicios públicos gratuitos, el estatuto de limitaciones y el requisito de una declaración jurada de mérito. El Tribunal rechazó todos estos argumentos. Sin embargo, el Tribunal concedió las mociones de desestimación con respecto a la MCPA y las reclamaciones por negligencia, así como la moción de desestimación de los fabricantes con respecto a las reclamaciones por enriquecimiento injusto, fraude y ocultación fraudulenta, y conspiración civil. Por lo demás, el Tribunal rechazó las mociones de desestimación, incluso con respecto a las reclamaciones de RICO y de alteración del orden público.

924 Seguido por *B. Thomas & Co. v. Universal Warranty Corp.*, 8:18-CV-112 (D. Neb. Feb. 21, 2020); *Senior Hous. Managers, LLC v. Highway 2 Dev.*, LLC, 552 F. Supp. 3d 866 (D. Neb. 2021); *Dietzel Enters. v. J. A. Wever Constr.*, 312 Neb. 426 (Neb. 2022); *deNourie & Yost Homes, LLC v. Frost*, 854 N.W.2d 298 (Neb. 2014); *Denourie & Yost*

elementos de la misrepresentación negligente y fraudulenta, así como la importancia de la confianza justificable.[925]

Finalmente, El caso de *Agri Affiliates, Inc. v. Bones*, 265 Neb. 798 (Neb. 2003)[926] analiza el concepto de representación fraudulenta y el

---

Homes, LLC v. Frost, 289 Neb. 136 (Neb. 2014); *Schechinger v. Swain Constr., Inc.*, No. A-19-689 (Neb. Ct. App. Aug. 11, 2020); *Bott v. Holman*, 850 N.W.2d 800 (Neb. Ct. App. 2014); *B. Thomas & Co. v. Universal Warranty Corp.*, 3 F.4th 1032 (8th Cir. 2021); *Farm Credit Services of America v. Haun*, 734 F.3d 800 (8th Cir. 2013); *Custom Hair Designs by Sandy, LLC v. Cent. Payment Co.*, 8:17CV310 (D. Neb. Feb. 11, 2020); Senior Hous. Managers, LLC v. Highway 2 Dev., LLC, 4:18-CV-3167 (D. Neb. Sep. 25, 2019); *COR Clearing, LLC v. Calissio Res. Grp., Inc.*, 8:15CV317 (D. Neb. Nov. 6, 2017); *Hilgert v. Vanderford*, 8:17CV115 (D. Neb. June 12, 2017); *Superior Servs., Inc. v. Universal Warranty Corp.*, 8:15CV396 (D. Neb. May 20, 2016); *Qa3 Fin. Corp. v. Fin. Network Inv. Corp.*, 8:12CV5 (D. Neb. June 23, 2014); *Hossack v. CSG Sys., Inc.*, 8:13CV3178 (D. Neb. May 6, 2014); *Farm Credit Servs. of America, PC v. Haun*, No. 8:11CV320 (D. Neb. Aug. 3, 2012); *Farm Credit Servs. of America, PCA v. Haun*, No. 8:11CV320 (D. Neb. Apr. 27, 2012); *BLB AVIATION SOUTH CAROLINA v. JET LINX AVIATION CORP*, 8:10CV42 (D. Neb. June 28, 2011); *Callahan v. Brant*, 314 Neb. 219 (Neb. 2023); *Nathan v. McDermott*, 306 Neb. 216 (Neb. 2020); *Burklund v. Fuehrer*, 299 Neb. 949 (Neb. 2018); *Bryan M. v. Anne B.*, 292 Neb. 725 (Neb. 2016); *Griffith v. Drew's LLC*, 860 N.W.2d 749 (Neb. 2015); *Zawaideh v. Neb. Dep't of Health & Human Servs. Regulation & Licensure*, 285 Neb. 48 (Neb. 2013); *Intercall, Inc. v. Egenera, Inc.*, 284 Neb. 801 (Neb. 2012); *Nelson v. Wardyn*, 19 Neb. App. 864 (Neb. Ct. App. 2012); entre otros.

925 Lucky 7, L.L.C. compró una propiedad comercial a THT Realty, L.L.C. y luego acusó a THT de *misrepresentation* intencional y negligente sobre la condición del techo. El tribunal de distrito desestimó ambas demandas, argumentando que no había pruebas suficientes para demostrar la *misrepresentation* intencional por parte de THT y que Lucky 7 no había realizado una inspección adecuada de la propiedad. Lucky 7 apeló, argumentando que el tribunal cometió errores al aplicar el estándar de "prudencia ordinaria" y al determinar que no se realizó una inspección del techo. La Corte Suprema de Nebraska confirmó la decisión del tribunal de distrito, destacando la importancia de la "prudencia ordinaria" como factor en las reclamaciones de misrepresentación fraudulenta y negligente, y discutió los elementos clave de dichas reclamaciones, así como la necesidad de confianza justificable en estos casos.

926 Seguido por *Nebraska Plastics, Inc. v. Holland Colors Americas, Inc.*, 4:01CV603 (D. Neb. Nov. 12, 2003); *Hill v. Kenexa Technology, Inc.*, No. 8:05CV566 (D. Neb. Feb. 14, 2007); *Ryan v. Ryan*, 889 F.3d 499 (8th Cir. 2018); *EJM Farms, Inc. v. Jessen*, 8:16-CV-255 (D. Neb. June 11, 2018); *Riddle v. Charterwest Bank*, 8:18-CV-17 (D. Neb. May 8, 2018); *Creighton University v. General Electric Company*, 4:08CV460 (D. Neb. Mar. 18, 2009); *In Matter of Kurmel*, No. BK03-82722 A03-8075 (Bankr. D. Neb. Jan. 28, 2005); *McCully, Inc. v. Baccaro Ranch*, 284 Neb. 160 (Neb. 2012); *Huber v. Rohrig*, 280 Neb. 868 (Neb. 2010); *Eicher v. Mid America Fin. Invest. Corp.*, 275 Neb. 462 (Neb.

deber de buena fe.[927]

D) Caso del Abogado Sobre Un Conflicto de Intereses. Sentencia IX ZR 5/06

a) Antecedentes del Caso

La sentencia del 8° Senado Civil del Tribunal Regional Superior de Koblenz, dictada el 16 de diciembre de 2005, que denegó la demanda del actor, es revocada en apelación por el Tribunal por violación del numeral 311.2 del BGB[928] (*culpa in contrahendo*). El asunto se remite nuevamente a la Segunda Cámara Civil de la Corte de Apelaciones para una nueva audiencia y decisión, incluyendo las costas del procedimiento de apelación.

En 2002, la demandante contrató a los abogados de la demandada para representar sus intereses frente al banco. El abogado demandado, el Dr. F., exigió y recibió una tarifa de 500 € netos por hora. En marzo de 2003, surgió la necesidad de obtener una orden judicial temporal y el demandado redactó un borrador, pero luego declaró que no podía actuar en nombre de la demandante ante el tribunal. En una carta del 4 de abril de 2003, el demandado lamenta la situación y

---

2008); *Eicher v. Mid America Financial Investment Corp*., 270 Neb. 370 (Neb. 2005); *In re Applications*, 268 Neb. 620 (Neb. 2004); *Big River v. L H*, 268 Neb. 207 (Neb. 2004); *Wolfe v. Becton Dickinson Co*., 266 Neb. 53 (Neb. 2003); *Howe v. Hinzman*, 14 Neb. App. 544 (Neb. Ct. App. 2006); *Midwest Neurosurgery v. State Farm Insurance Co*., 12 Neb. App. 328 (Neb. Ct. App. 2004).

927 Agri Affiliates, Inc. demandó a los fideicomisarios del Calvin R. and Audrey J. Bones Family Trust por una comisión relacionada con la venta de propiedades. Se había establecido un acuerdo de venta exclusiva en el que Agri Affiliates recibiría una comisión del 6% si encontraban un comprador, pero sólo recibiría el 1% si los Bones decidían vender a su inquilino actual. Aunque Agri Affiliates encontró un comprador, los Bones dudaron en firmar el acuerdo de compra y luego recibieron una oferta de su inquilino. Los Bones alegaron *misrepresentation* negligente, misrepresentación fraudulenta y violación del deber fiduciario por parte de Agri Affiliates, pero el tribunal de distrito falló a favor de Agri Affiliates. Las reclamaciones de los Bones fueron rechazadas, incluida su defensa de misrepresentación negligente, y se determinó que Agri Affiliates no había incumplido ninguna obligación fiduciaria.

928 BGB § 311. II.

explica que el Dr. T., quien representa al banco en procesos ante el Tribunal Regional Superior, recibió la solicitud del departamento legal del banco para no representar al demandante. El demandado menciona la necesidad de establecer una posición uniforme en el bufete de abogados sobre este asunto y expresa la dificultad de alejar a la fuente de ventas más fuerte, el banco, aunque a largo plazo sea inevitable debido a su misión con empresas medianas.

> Lamento mucho que hayamos estado bajo esta presión. El que suscribe tiene buenos contactos con el banco, que pudo usar inicialmente, pero no habría tenido problemas para tocar el banco vigorosamente como oponente. Pero el socio, el Dr. T. representa al Banco en procesos del Tribunal Regional Superior local (segunda instancia) y recibió la solicitud flagrante del departamento legal del banco, T. no contra el para representar al banco. Por cierto, el banco hace esto con todas las firmas de abogados más grandes a las que "suministra" regularmente con ventas. La carta del 4 de abril de 2003, decía textualmente:
>
> Seguramente tendremos que establecer una posición uniforme en el bufete de abogados sobre esta cuestión, también para el futuro, que tenemos que aclarar en este momento, con la excepción de T., ya que el problema aún no se había planteado concretamente. No tengo la oportunidad de decirle a mi colega relativamente joven, el Dr. T. prácticamente ahuyentando a la fuente de ventas más fuerte, aunque no podremos evitar la decisión de rumba a largo plazo debido a nuestra misión a las empresas medianas. (Sentencia IX ZR 5/06, párrafo 2).

En este caso, la actora rescindió el mandato que había otorgado a la demandada y reclama una indemnización por daños y perjuicios

por la remuneración excesiva pagada y los gastos adicionales incurridos. Alega que si hubiera sabido desde el principio que el socio de la demandada trabajaba regularmente para el banco o que no quería o no podía representar al demandante en la corte, no habría dado el mandato. La demandada argumenta que no era previsible que hubiera una disputa legal y que estaban dispuestos a actuar en nombre del demandante, pero después de que el director general de la demandante insultara gravemente a los empleados del banco, buscaban una excusa para rescindir el mandato. La demanda fue rechazada y el demandante continúa con su reclamación de pago.

El recurso presentado resulta en la anulación de la sentencia impugnada y la devolución del caso al Tribunal de Apelación. El Tribunal de Apelación determinó que no existía una reclamación de reembolso de la remuneración debido a la falta de reclamación de daño prematuro por parte del demandante. Sin embargo, se consideró una posible reclamación basada en incumplimiento precontractual de deberes según el Código Civil alemán (numeral 311 del BGB). La Corte de Apelaciones concluyó que el acusado no había incumplido sus deberes, ya que no estaba obligado a revelar la relación entre su socio y el banco y no existían indicios de falta de independencia. Por lo tanto, se rechazó la demanda del demandante. Sin embargo, el Tribunal Federal discrepó con esta valoración.

El Tribunal de Apelación sostiene que las declaraciones de los abogados demandados no son válidas legalmente para negar la reclamación de daños y perjuicios del demandante contra ellos por *culpa in contrahendo*.

En cuanto al deber de revelación, el Tribunal señala que el demandado no violó la prohibición de representar intereses en conflicto, ya que ésta se aplica sólo a la representación en el mismo asunto legal. Tampoco existía una relación entre el socio del

demandado y el demandante que pudiera generar un conflicto de intereses. Además, el abogado debe revelar si él o algún miembro de su bufete de abogados representa con frecuencia a un tercero, independientemente de si existe una conexión con el nuevo mandato. En definitiva, el Tribunal Federal concluye que el demandado debió haber revelado la información pertinente sobre la relación de su socio con el banco desde el principio, ya que esto habría permitido al demandante tomar una decisión informada sobre la contratación del demandado.

Los puntos que considera el Tribunal Federal de Justicia son estos, en resumen:

1) El abogado, como asesor y representante independiente en asuntos legales, tiene la responsabilidad de buscar soluciones adecuadas a los conflictos y proteger los intereses de sus clientes. Su papel requiere independencia y confidencialidad, comprometiéndose únicamente con los intereses de su cliente. Al aceptar un mandato, el abogado se compromete a cumplir con estos requisitos y proteger los intereses del cliente, independientemente de la representación de los intereses en conflicto de la otra parte. Esto es lo que se espera cuando alguien busca justicia y contrata a un abogado.
2) Cuando un abogado o su socio actúan frecuentemente para una misma parte, puede generar dudas desde la perspectiva de otros clientes sobre si se representarán con el mismo énfasis los intereses opuestos. Las asignaciones repetidas de la misma parte pueden crear confianza económica o una identificación especial con sus asuntos, lo que podría afectar la capacidad del abogado para representar de manera imparcial a un adversario. Esto compromete su habilidad para cumplir con las obligaciones requeridas en

virtud del contrato de abogado, a pesar de la relación con el cliente oponente.

El cumplimiento de esta condición no es decisivo, pero el abogado puede negarse a aceptar el mandato si encuentra dificultades. Sin embargo, si decide asumir el mandato, debe revelar que ha trabajado frecuentemente para el oponente. Durante las negociaciones contractuales, existe la obligación de informar a la otra parte sobre circunstancias relevantes, y la actuación frecuente para la parte contraria es una de ellas. El abogado puede afirmar que las órdenes del oponente no tienen influencia y no afectarán el procesamiento adecuado del mandato, siempre y cuando esté seguro de ello. El cliente puede estar de acuerdo y proceder, pero debe tener tiempo suficiente para decidir si desea nombrar a un abogado que trabaje con frecuencia para la parte contraria, asumiendo la responsabilidad. Además, el abogado es responsable de proporcionar esta información sin ser preguntado, ya que el cliente generalmente no sabe de otros mandatos del abogado.

Por estas consideraciones, utilizando la CIC en la figura de la obligación de divulgar información u obligación de informar, del numeral 311 del BGB, el Tribunal Federal reenvía los cuadernos de apelación a la Corte de Apelación para revisar la sentencia recurrida teniendo para determinar si los danos y perjuicios estaban probados.

b) Análisis del Caso

El análisis de este caso, primero bajo la óptica del *misrepresentation* y luego desde la perspectiva de la *culpa in contrahendo* (CIC), nos conduciría a resultados similares. Veamos:

a. Análisis bajo *Misrepresentation*:

1. Aseveración fáctica falsa: El abogado no reveló su relación frecuente con el banco, lo cual era una información crucial que debía ser compartida con el cliente. Este ocultamiento

puede considerarse como una aseveración implícita de que no existían conflictos de interés.

2. Aseveración Fraudulenta: Aunque no hay una declaración explícita fraudulenta, la omisión de información esencial puede interpretarse como un engaño. El abogado omitió deliberadamente información que podría haber influenciado la decisión del cliente de contratar sus servicios.
3. Confianza en la Aseveración: El cliente confió en la representación del abogado, presumiendo que no había conflictos de intereses y que su caso sería manejado con imparcialidad.
4. Justificación de la Confianza del Receptor: La confianza del cliente era justificada, dado que normalmente se espera que un abogado revele cualquier posible conflicto de interés. La omisión de esta información clave llevó al cliente a tomar una decisión basada en una percepción errónea de la situación.

b. Análisis bajo CIC:
   1. Deber de Informar (CIC): El deber de informar es una parte esencial de la CIC. En este caso, el abogado tenía la responsabilidad precontractual de informar al cliente sobre su relación con el banco. La falla en divulgar esta información esencial viola este deber.
   2. Confianza Suscitada y Defraudada: El cliente confió en la profesionalidad y honestidad del abogado. La falta de revelación de un conflicto de interés defraudó esa confianza, llevando al cliente a tomar decisiones basadas en información incompleta.
   3. Daño Causado: El cliente sufrió daños como resultado de esta falta de información, incluyendo la remuneración excesiva pagada y los gastos adicionales incurridos, lo

que podría considerarse como un daño directamente relacionado con la falta de cumplimiento del deber de informar del abogado.

c. Conclusión:

Tanto bajo la doctrina del *misrepresentation* como bajo la CIC, el resultado sería similar. Ambas figuras enfatizan la importancia de la honestidad y la transparencia en las negociaciones precontractuales. En este caso, la omisión del abogado de información crítica sobre su relación con el banco es un factor clave que lleva a la responsabilidad tanto en términos de *misrepresentation* (por engaño o tergiversación) como de CIC (por incumplimiento del deber de informar). En ambos escenarios, la conducta del abogado es reprochable y justifica la compensación al cliente por los daños sufridos.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una demanda por *misrepresentation* puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó el deber de revelar un conflicto de intereses, hizo declaraciones falsas o participó en una conducta que involucra deshonestidad, fraude, engaño o tergiversación.

Los casos citados por citar proporcionan cierta orientación sobre el posible éxito de una demanda por tergiversación. Varios de los casos discuten el concepto de conflicto de intereses, que está en el centro nuestra investigación. Por ejemplo, en *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Maide*n, 480 Md. 1 (Md. 2022),[929] el tribunal determinó

929 Seguido por *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Davis*, AG 28-2022 (Md. Oct. 23, 2023); *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Farmer*, AG 41-2021 (Md. July 10, 2023); *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Wescott*, 483 Md. 111 (Md. 2023).

que el abogado violó las reglas de conducta profesional al crear un conflicto de intereses sin obtener una renuncia por escrito.[930]

De manera similar, en *Sisk v. Transylvania Community Hospital, Inc.*, 695 S.E.2d 429 (N.C. 2010),[931] el tribunal discutió la autoridad para descalificar a un abogado por mala conducta, lo que podría ser análogo al enfoque de la nuestra investigación en el conflicto de intereses de un abogado.

En el caso *Burton v. Mottolese*, 267 Conn. 1 (Conn. 2003),[932] el

930 Amber Lisa Maiden representó a Brian Riese en una apelación de una queja por discriminación contra el Departamento de Estado. Sin embargo, los dos tuvieron un desacuerdo sobre los términos de su acuerdo de anticipo, lo que llevó al deterioro de su relación. Maiden le envió a Riese una carta de 20 páginas que contenía lenguaje antisemita, profano e insultante, mientras ella todavía lo representaba. La Comisión de Quejas de Abogados de Maryland presentó una petición contra Maiden, alegando que violó varias reglas de conducta profesional, incluida la creación de un conflicto de intereses y la falta de resolución. Un juez de audiencia determinó que la Comisión estableció múltiples violaciones mediante pruebas claras y convincentes, y el Tribunal de Apelaciones de Maryland impuso una suspensión indefinida a Maiden como resultado.

931 En el caso de *Sisk v. Transylvania Community Hospital, Inc.*, la demandante Kimberly S. Sisk demanda a Abbott Laboratories y Transylvania Community Hospital, Inc. por daños y perjuicios después de que su hijo contrajera una forma rara de meningitis. Sisk alega que el hospital no debería haberle dado a su hijo Similac en polvo, que no es estéril, y que Abbott no advirtió al hospital de los riesgos. Dos abogados de otros estados, Stephen H. Meyer y Nicolas F. Stein, fueron admitidos *pro hac vice* para representar a Sisk, pero Abbott se movió para descalificar a los dos abogados por presuntamente contactar a uno de los expertos consultores de Abbott sin permiso. El tribunal de primera instancia revocó el estatus *pro hac vice* de los dos abogados, citando su conducta inapropiada, la apariencia de incorrección y la violación de las Reglas de Conducta Profesional de Carolina del Norte. El Tribunal de Apelaciones revocó la decisión del tribunal de primera instancia, pero el Tribunal Supremo finalmente revocó la decisión del Tribunal de Apelaciones y restableció la orden del tribunal de primera instancia.

932 Seguido por *Statewide Grievance v. Burton*, 88 Conn. App. 523 (Conn. App. Ct. 2005); *Office of Chief Disciplinary Counsel v. Miller*, 335 Conn. 474 (Conn. 2020); *Disciplinary Counsel v. Sporn*, 157 A.3d 108 (Conn. App. Ct. 2017); *Disciplinary Counsel v. Snaider*, 90 A.3d 286 (Conn. App. Ct. 2014); *Statewide Grievance Committee v. Burton*, 299 Conn. 405 (Conn. 2011); *Cimmino v. Marcoccia*, 332 Conn. 510 (Conn. 2019); *Chief Disciplinary Counsel v. Rozbicki*, 326 Conn. 686 (Conn. 2017); *Notopoulos v. Statewide*, 277 Conn. 218 (Conn. 2006); *McCullough v. Town of Rocky Hill*, 198 Conn. App. 703

tribunal discutió la mala conducta de un abogado,[933] incluidas las

(Conn. App. Ct. 2020); *Disciplinary Counsel v. Serafinowicz*, 123 A.3d 1279 (Conn. App. Ct. 2015); *Chief Disciplinary Counsel v. Rozbicki*, 91 A.3d 932 (Conn. App. Ct. 2014); *Notopoulos v. Statewide*, 85 Conn. App. 425 (Conn. App. Ct. 2004); *Disciplinary Counsel v. Evans*, No. FSTCV166029075S (Conn. Super. Ct. Jan. 10, 2018); *Cruz v. 31 Catherine Avenue, LLC*, No, 5445 CRB 5 (Conn. Work Comp. 2010); *Burton v. Mottolese*, 541 U.S. 1073 (2004); *Williamson v. Psychiatric Sec. Review Bd.*, CIVIL ACTION No. 3:13-CV-00578 (VLB) (D. Conn. Aug. 13, 2014); *In re Williams*, 978 F. Supp. 2d 123 (D. Conn. 2012); *Cohen v. Statewide Grievance Comm.*, 339 Conn. 503 (Conn. 2021); *D'Attilo v. Statewide Grievance Comm.*, 329 Conn. 624 (Conn. 2018); *Disciplinary Counsel v. Hickey*, 328 Conn. 688 (Conn. 2018); *In re Gabriella A.*, 319 Conn. 775 (Conn. 2015); *Simms v. Seaman*, SC 18839 (Conn. May 21, 2013); *Yeager v. Alvarez*, 302 Conn. 772 (Conn. 2011); *Gambardella v. Apple Health Care, Inc.*, 291 Conn. 620 (Conn. 2009); *State v. Lawrence*, 282 Conn. 141 (Conn. 2007); *In re Greenspan*, 910 A.2d 324 (D.C. 2006); *Tarro v. Comm. of Motor Vehicles*, 279 Conn. 280 (Conn. 2006); *Edmands v. Cuno, Inc.*, 277 Conn. 425 (Conn. 2006); *Broadnax v. New Haven*, 270 Conn. 133 (Conn. 2004); *Goldberg v. Hartford Fire Insurance Company*, 269 Conn. 550 (Conn. 2004); *Rocque v. Farricielli*, 269 Conn. 187 (Conn. 2004); *Daniels v. Alander*, 268 Conn. 320 (Conn. 2004); *Lafferty v. Jones*, AC 46194 (Conn. App. Ct. Aug. 1, 2023); *Abbott v. Vavala*, C. A. 2021-0409 JJC (Del. Ch. Feb. 15, 2022); *Maurice v. Chester Hous. Assocs. Ltd. P'ship*, 188 Conn. App. 21 (Conn. App. Ct. 2019); *Webster Bank v. Frasca*, 183 Conn. App. 249 (Conn. App. Ct. 2018); *Henry v. Imbruce*, 178 Conn. App. 820 (Conn. App. Ct. 2017); *Disciplinary Counsel v. Williams*, 166 Conn. App. 557 (Conn. App. Ct. 2016); *Disciplinary Counsel v. Parnoff*, 119 A.3d 621 (Conn. App. Ct. 2015); Brown v. State Farm Fire & Cas. Co., 90 A.3d 1054 (Conn. App. Ct. 2014); Afscme, Council 4, Local 2663 v. Dep't of Children & Families, 142 Conn. App. 1 (Conn. App. Ct. 2013); entre otros.

933 Nancy Burton presenta una orden de error contra el tribunal de primera instancia, alegando que se violaron sus derechos al debido proceso, que el tribunal carecía de autoridad para iniciar procedimientos disciplinarios y que el tribunal mostró parcialidad en su contra. Sin embargo, el tribunal de primera instancia determinó que Burton violó las Reglas de Conducta Profesional al participar en una representación no autorizada, crear un conflicto de intereses, hacer declaraciones falsas al tribunal y participar en una conducta inapropiada. El tribunal de primera instancia también determinó que el desempeño de Burton estuvo por debajo del estándar aceptable de competencia. La investigación del tribunal de primera instancia sobre si Burton estaba autorizado a presentar la acción de medidas declaratorias y cautelares, así como la identificación de las Reglas de Conducta Profesional específicas que Burton violó, respaldan aún más la decisión del tribunal. El tribunal de primera instancia argumenta que Burton recibió una notificación adecuada de los cargos en su contra y que tiene la autoridad para iniciar procedimientos disciplinarios incluso sin una queja formal. El tribunal de primera instancia también aborda las afirmaciones de parcialidad de Burton, afirmando que actuó dentro de su autoridad para disciplinar a los abogados. El tribunal de primera instancia finalmente inhabilitó a Burton, razonando que los numerosos actos de mala conducta justificaban tal sanción.

tergiversaciones hechas al tribunal y los conflictos de intereses. Finalmente, en el caso *Elizondo v. Krist*, 415 S.W.3d 259 (Tex. 2013),[934] el tribunal discutió un caso de negligencia legal en el que los demandantes alegaron que sus abogados no obtuvieron un acuerdo justo para ellos.[935] Tomados en conjunto, estos casos sugieren que

---

934 Seguido por *Marteny v. Coon*, No. 09-19-00019-CV (Tex. App. Sep. 24, 2020); *Rogers v. Zanetti*, 518 S.W.3d 394 (Tex. 2017); *McMahon v. Zimmerman*, 433 S.W.3d 680 (Tex. App. 2014); *Starwood Mgmt., LLC v. Swaim*, 530 S.W.3d 673 (Tex. 2017); *Abercrombie Grp. v. Clark*, No. 02-22-00399-CV (Tex. App. June 29, 2023); *Wakefield v. Underwood*, No. 14-19-01004-CV (Tex. App. July 22, 2021); Lenox *Barbeque & Catering, Inc. v. Metro. Transit Auth. of Harris Cnty.*, 489 S.W.3d 529 (Tex. App. 2016); *Rogers v. Zanetti*, 517 S.W.3d 123 (Tex. App. 2015); *Seim v. Allstate Tex. Lloyds*, No. 02-16-00050-CV (Tex. App. Nov. 8, 2018); *Alarcon v. Alcolac Inc.*, 488 S.W.3d 813 (Tex. App. 2016); *Thompson & Knight LLP v. Patriot Exploration, LLC*, 444 S.W.3d 157 (Tex. App. 2014); *Ryan v. White (In re Ryan)*, No. 12-22-00267-CV (Tex. App. Oct. 21, 2022); *Greb v. Madole*, No. 05-18-00467-CV (Tex. App. July 3, 2019); *In re Lipsky*, 460 S.W.3d 579 (Tex. 2015); *Ortiz v. Olandapo-Jimoh*, No. 01-21-00144-CV (Tex. App. Aug. 30, 2022); *White Rock Expl., Inc. v. Freeman Mills, P.C.*, 607 S.W.3d 429 (Tex. App. 2020); *Slack v. Consulate of Greece*, No. 14-18-00469-CV (Tex. App. June 30, 2020); *In re K.J.G.*, No. 04-19-00102-CV (Tex. App. Aug. 21, 2019); *Gonzalez v. Hunting Energy Servs., Inc.*, No. 14-17-00877-CV (Tex. App. Feb. 26, 2019); *McIntyre v. Castro*, No. 13-17-00565-CV (Tex. App. Sep. 6, 2018); *Spriggs v. Gonzales*, No. 07-16-00418-CV (Tex. App. June 28, 2018); *Nelson v. Sheedy*, No. 05-16-01262-CV (Tex. App. May 30, 2018); *Starwood Mgmt., LLC v. Swaim*, No. 05-14-01218-CV (Tex. App. Mar. 20, 2018); *McKnight v. Moss*, No. 12-16-00199-CV (Tex. App. June 7, 2017); *Thomas Oilfield Servs., LLC v. Clark*, No. 12-16-00207-CV (Tex. App. May 24, 2017); *Bruce v. Cauthen*, 515 S.W.3d 495 (Tex. App. 2017); *Highmount Exploration & Production LLCv. Harrison Interests, Ltd.*, 503 S.W.3d 557 (Tex. App. 2016); *Sheetz v. Slaughter*, 503 S.W.3d 495 (Tex. App. 2016); *Brown v. RK Hall Constraction, Ltd.*, 500 S.W.3d 509 (Tex. App. 2016); *City Nat'l Bank of Sulphur Springs v. Smith*, No. 06-15-00013-CV (Tex. App. May 4, 2016); *Bigham v. Southeast Texas Environmental, LLC*, 458 S.W.3d 650 (Tex. App. 2015); *Puga v. RCX Sols., Inc.*, 922 F.3d 285 (5th Cir. 2019); *Puga v. RCX Sols., Inc.*, 914 F.3d 976 (5th Cir. 2019); Rollo v. Escobedo, No. SA-17-CV-00645-JKP (W.D. Tex. Dec. 13, 2021); entre otros.

935 En el caso *Elizondo v. Krist*, los Elizondo demandaron a sus antiguos abogados por negligencia legal. Los Elizondo afirmaron que los abogados no lograron obtener un acuerdo adecuado de BP después de una explosión en la refinería de Texas City, y que fueron "vendidos río abajo" para que los abogados representaran a BP en futuros litigios. Los abogados argumentan que nunca representaron a Guillermina, y que los Elizondo no proporcionaron evidencia de daños. El tribunal de primera instancia otorgó un juicio sumario a favor de los abogados, y el tribunal de apelaciones lo confirmó. Los Elizondo presentaron una declaración jurada pericial del abogado Arturo González, quien argumenta que el acuerdo fue inadecuado y que los abogados

una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó el deber de revelar un conflicto de intereses, hizo declaraciones falsas o se involucró en una conducta que involucra deshonestidad, fraude, engaño o tergiversación.

E) El caso de una licitación interrumpida. Sentencia X ZR 19/02

a) Antecedentes del Caso

La Décima Sala Civil de la Corte Federal de Justicia de Alemania revocó la sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf y desestimó el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia del tribunal de distrito de Wuppertal. La demandante fue considerada responsable de pagar las costas del juicio.

El caso se originó en un procedimiento de licitación limitada llevado a cabo por la ciudad demandada para la construcción de una escalera. La demandante, única participante en la licitación, presentó una oferta que no incluía los formularios de precios requeridos. La ciudad canceló la licitación alegando cambios en la lista de cantidades y, en una segunda licitación, rechazó la oferta de la demandante por considerar los precios demasiado altos.

La demandante solicitó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos debido a la no adjudicación de la primera oferta y la cancelación de la segunda licitación. Calculó los daños en base a los costos de preparación de los documentos de oferta y la contribución a los gastos de construcción de un muro de contención.

---

no ejercieron la debida diligencia. El documento también discute la importancia del testimonio de expertos, las disputas de descubrimiento y las calificaciones del testigo experto de los Elizondo. La Corte Suprema de Texas finalmente encontró que la declaración jurada de González era suficiente para medir el "verdadero" valor del acuerdo del caso.

El tribunal regional confirmó parcialmente la demanda, ordenando un pago de 2.905 marcos alemanes, pero el tribunal de apelación consideró justificada la compensación por el interés positivo debido a la cancelación de la segunda licitación.

El recurso de casación presentado por la ciudad demandada tenía como objetivo anular la sentencia de apelación y desestimar las solicitudes de la demandante. El Tribunal Federal valoró el caso y justificó la anulación de la sentencia de apelación, rechazando el recurso de casación del demandante. La revisión admisible llevó a la conclusión de que la ciudad demandada no había incumplido sus deberes, ya que no estaba obligada a revelar la relación entre su socio y el banco y no existían indicios de falta de independencia.

La Corte de Apelaciones inicialmente había considerado justificada la reclamación de compensación por interés positivo debido a la *culpa in contrahendo* (CIC). Sin embargo, el Tribunal Federal discrepó con esta valoración y determinó que la demanda no era procedente. La sentencia indicó que los errores en la licitación y adjudicación de contratos públicos pueden generar responsabilidad por parte del cliente hacia los licitadores, pero en este caso, la oferta de la demandante fue rechazada correctamente debido a la falta de los formularios de precios necesarios.

En conclusión, el Tribunal Federal desestimó la demanda basada en CIC por ruptura de negociaciones preliminares, argumentando que el demandante fue rechazado legítimamente por no cumplir con los requisitos formales de la licitación. La responsabilidad precontractual, tanto en el interés positivo como negativo, quedó totalmente excluida y eximida.

b) Análisis del Caso

El análisis del caso desde la perspectiva de *misrepresentation* y luego bajo la doctrina de la *culpa in contrahendo* (CIC), permite una

comparación interesante de cómo ambas doctrinas podrían llegar a un resultado similar en este escenario.

a. Análisis bajo *Misrepresentation*:
    1. Aseveración que no está de acuerdo con los hechos: En este caso, no hay una aseveración directa del demandado que sea contraria a los hechos. Sin embargo, la demanda del demandante se basa en la premisa de que la ciudad no condujo el proceso de licitación de manera justa y transparente.
    2. Aseveración fraudulenta: No hay evidencia de una aseveración fraudulenta por parte de la ciudad. La decisión de cancelar la licitación y rechazar la oferta del demandante se basó en criterios formales y legales.
    3. Confianza en la aseveración: El demandante confió en que el proceso de licitación sería justo y que su oferta sería considerada adecuadamente, lo cual es una expectativa razonable en cualquier proceso de licitación.
    4. Justificación de la confianza del receptor: La confianza del demandante estaba justificada dadas las normas y expectativas en los procesos de licitación. Sin embargo, no hubo una aseveración específica del demandado que indujera al demandante a creer que su oferta sería aceptada sin cumplir con todos los requisitos formales.

b. Análisis bajo CIC:
    1. Deber de Informar (CIC): Bajo la CIC, se considera que existe un deber de cuidado e información durante las etapas precontractuales. La ciudad, como entidad que lleva a cabo la licitación, tiene el deber de garantizar que el proceso sea transparente y justo. No obstante, en este caso, la ciudad

actuó conforme a las normas establecidas, rechazando una oferta que no cumplía con los requisitos formales.

2. Confianza suscitada y defraudada: Aunque el demandante confiaba en que su oferta sería considerada, no hubo una violación específica del deber de cuidado por parte de la ciudad. La cancelación de la licitación y el rechazo de la oferta se basaron en razones válidas y formales.
3. Daño Causado: El Tribunal Federal determinó que no hubo daño causado por la *culpa in contrahendo*, ya que la oferta del demandante fue excluida por razones legítimas y no por una violación de las normas de la licitación o una mala conducta por parte de la ciudad.

c. Conclusión:

En este caso, tanto bajo la teoría de *misrepresentation* como bajo la CIC, se llega a la conclusión de que no hubo un incumplimiento significativo por parte del demandado que justifique una indemnización al demandante. Bajo el *misrepresentation*, no hay evidencia de una aseveración fraudulenta o engañosa. De manera similar, bajo la CIC, la ciudad cumplió con su deber de informar y llevar a cabo el proceso de licitación de manera transparente y conforme a las normas, lo que resulta en la desestimación de la demanda. En ambos casos, se reconoce que el demandante no cumplió con los requisitos formales necesarios, lo que lleva a la exclusión legítima de su oferta.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades relacionadas a este caso proporcionan orientación sobre una serie de cuestiones pertinentes para nuestra investigación. En primer lugar, los casos de *Byrne & Jones Enters.*,

Inc. v. Monroe City R-1 Sch. Dist.,[936] 493 S.W.3d 847 (Mo. 2016)[937] y

936 Seguido por *Wagoner v. Conocophillips, Corp.*, 527 S.W.3d 83 (Mo. Ct. App. 2017); *Lehmann v. Bd. of Educ. of Fayette R3 Sch. Dist.*, 649 S.W.3d 303 (Mo. Ct. App. 2022); *Health Care Found. of Greater Kan. City v. HM Acquisition, LLC*, 507 S.W.3d 646 (Mo. Ct. App. 2017); *Shondel Church v. Missouri*, 913 F.3d 736 (8th Cir. 2019); *Charter Commc'ns Entm't I, LLC v. Dir. of Revenue*, No. SC99517 (Mo. Apr. 18, 2023); *State v. Mo. Comm'n on Human Rights*, 527 S.W.3d 837 (Mo. 2017); *State v. Smith*, 522 S.W.3d 221 (Mo. 2017); *State ex rel. Mo. Coalition for the Env't v. Joint Comm. on Admin. Rules*, 519 S.W.3d 805 (Mo. 2017); Earley v. Dunn, No. ED110514 (Mo. Ct. App. Mar. 21, 2023); *LO Mgmt. v. Office of Admin.*, 658 S.W.3d 228 (Mo. Ct. App. 2022); *Four Star Enters. Equip., Inc. v. Emp'rs Mut. Cas. Co.*, 648 S.W.3d 903 (Mo. Ct. App. 2022); *Decker v. Collins*, 647 S.W.3d 335 (Mo. Ct. App. 2022); *Nationwide Ins. Co. of Am. v. Six*, 652 S.W.3d 278 (Mo. Ct. App. 2022); *Foster v. Dunklin Cnty.*, 641 S.W.3d 421 (Mo. Ct. App. 2022); *Benjamin Banneker Charter Acad. v. Jones*, 580 S.W.3d 1 (Mo. Ct. App. 2019); *Guinn v. Treasurer of Mo. as Custodian of Second Injury Fund*, 577 S.W.3d 847 (Mo. Ct. App. 2019); *World Wide Tech., Inc. v. Office of Admin.*, 572 S.W.3d 512 (Mo. Ct. App. 2019); *Truong v. Truong*, 564 S.W.3d 761 (Mo. Ct. App. 2018); *Agnew v. Mo.-Am. Water Co.*, 567 S.W.3d 652 (Mo. Ct. App. 2018); *Baker v. Century Fin. Grp., Inc.*, 554 S.W.3d 426 (Mo. Ct. App. 2018); *Aguilar v. Thompson Coburn LLP*, 540 S.W.3d 910 (Mo. Ct. App. 2018); *Adem v. Des Peres Hosp., Inc.*, 515 S.W.3d 810 (Mo. Ct. App. 2017).

937 Byrne & Jones Enterprises, Inc. presentó una acción contra el Distrito Escolar Monroe City R-1, alegando que se les negó una oportunidad justa e igual para competir en el proceso de licitación para un contrato de obras públicas para construir un estadio de atletismo. Afirman que hubo colusión y favoritismo entre el distrito escolar y otro postor, ATG Sports, Inc. El tribunal de primera instancia desestimó la petición de Byrne & Jones, considerando que carecían de legitimación para impugnar la adjudicación del contrato. Byrne & Jones apeló, afirmando que tienen legitimación para impugnar la adjudicación del contrato porque tienen derecho a una oportunidad justa e igual para competir por contratos públicos.

La Corte Suprema de Missouri dictaminó que el tribunal de primera instancia se equivocó al desestimar la petición de Byrne & Jones, ya que tenían legitimación para impugnar la adjudicación del contrato. Sin embargo, la Corte Suprema de Missouri finalmente confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, considerando que Byrne & Jones no tenía derecho al alivio que solicitaban porque el contrato ya había sido adjudicado y el estadio había sido completado. El tribunal discute varios precedentes que establecen que los postores no exitosos tienen legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato público si no se les dio una oportunidad igual para competir. Sin embargo, el tribunal finalmente concluye que Byrne & Jones no tiene derecho a un alivio porque el contrato ya ha sido adjudicado y el estadio completado.

El tribunal también discute el tema de si Byrne & Jones tiene legitimación para presentar una reclamación por un alivio cautelar, concluyendo finalmente que la reclamación es irrelevante. Además, el tribunal argumenta que sólo los contribuyentes tienen legitimación para hacer cumplir las leyes de licitación pública. El tribunal

Harrison v. Westinghouse Savannah River Co.,[938] 352 F.3d 908 (4th Cir.

también discute la cuestión de si un postor perdedor tiene legitimación para impugnar una adjudicación de contrato, y finalmente concluye que sólo los contribuyentes pueden presentar tales reclamaciones. Finalmente, el tribunal proporciona información adicional sobre las diversas leyes y regulaciones estatales que permiten las protestas de licitación y la revisión judicial, y discute la justificación para otorgar legitimación a los postores dentro de la "zona de intereses".

938 Seguido por *Harrison v. Westinghouse Savannah River Co*., 352 F.3d 908 (4th Cir. 2003; *Laymon v. Bombardier Transportation (Holdings) USA, Inc*., Civil Action No. 05-169 (W.D. Pa. Mar. 23, 2009); *U.S. v. Science Applications Intern. Corp*., 555 F. Supp. 2d 40 (D.D.C. 2008); *United States ex rel. Bunk v. Gosselin World Wide Moving*, N.V., 741 F.3d 390 (4th Cir. 2013); *Stratton v. Merck & Co.*, C. A. 2:21-02211-RMG (D.S.C. Nov. 17, 2021); *United States ex rel. Marsteller v. MD Helicopters, Inc*., Civil Action 5:13-cv-00830-AKK (N.D. Ala. Sep. 27, 2021); *United States ex rel. Ormsby v. Sutter Health*, 444 F. Supp. 3d 1010 (N.D. Cal. 2020); *United States ex rel. Hedley v. Abhe & Svoboda, Inc*., Civil Action No. RDB-14-2935 (D. Md. Mar. 19, 2018); *Skinner v. Armet Armored Vehicles, Inc*., No. 4:12-cv-00045 (W.D. Va. May 12, 2015); *United States v. Fadul*, Civil Action No. DKC 11-0385 (D. Md. Feb. 28, 2013); *Neuman v. Levan*, CIVIL ACTION No. 8:08-03418-HFF (D.S.C. June 25, 2009); *Miller v. Holzmann*, 563 F. Supp. 2d 54 (D.D.C. 2008); *U.S. ex Rel. Longhi v. Lithium Power Technologies*, 530 F. Supp. 2d 888 (S.D. Tex. 2008); *U.S. ex Rel. Bettis v. Odebrecht Contractors of California*, 297 F. Supp. 2d 272 (D.D.C. 2004); *San Francisco Unified School District ex rel. Contreras v. First Student, Inc*., 224 Cal.App.4th 627 (Cal. Ct. App. 2014); *United States ex rel. Int'l Bhd. of Elec. Workers Local Union No. 98 v. The Farfield Co*., 5 F.4th 315 (3d Cir. 2021); *United States ex rel. Grant v. United Airlines Inc*., 912 F.3d 190 (4th Cir. 2018); *United States ex rel. Am. Sys. Consulting, Inc. v. Mantech Advanced Sys. Int'l*, 600 F. App'x 969 (6th Cir. 2015); *Glynn v. EDO Corp*., 710 F.3d 209 (4th Cir. 2013); *United States ex rel. Owens v. First Kuwaiti General Trading & Contracting Co*., 612 F.3d 724 (4th Cir. 2010); *United States ex rel. Montcrieff v. Peripheral Vascular Assocs*., No. SA-17-CV-00317-XR (W.D. Tex. Jan. 9, 2023); *United States ex rel. Kuriyan v. HCSC Ins. Servs. Co*., CIV 16-1148 JB/KK (D.N.M. Dec. 20, 2021); *Cont'l Res., Inc. v. Wolla Oilfield Servs. LLC*, No. 20-cv-00200-PRW (W.D. Okla. July 9, 2021); *United States v. Lab. Corp. of Am. Holdings*, C/A No. 9:14-3699-RMG (D.S.C. July 6, 2021); *United States v. Consultants in Gastroenterology, P.A*., Civil Action No.: 3:19-cv-03403-JMC (D.S.C. Mar. 30, 2021); *United States ex rel. Howard v. Caddell Constr. Co*., No. 7:11-CV-270-FL (E.D.N.C. Mar. 30, 2021); *United States ex rel. Kelly-Creekbaum v. L'Academie De Cuisine, Inc*., Civil Action No. DKC 17-3525 (D. Md. Aug. 14, 2019); *Shurland v. Edwards, Civil Action* No. 3:19-cv-92 (E.D. Va. Aug. 5, 2019); *United States v. Savannah River Nuclear Sols., LLC*, Civil Action No. 1:16-cv-00825-JMC (D.S.C. Dec. 6, 2016); *Hedley v. Abhe & Svoboda, Inc*., Civil Action No. RDB-14-2935 (D. Md. Feb. 1, 2016); *Front Row Techs., LLC v. NBA Media Ventures, LLC*, 163 F. Supp. 3d 938 (D.N.M. 2016); *Front Row Technologies, LLC v. NBA Media Ventures, LLC*, 163 F. Supp. 3d 938 (D.N.M. 2016); Hedley v. Abhe & Svoboda, Inc., Civil Action No. RDB-14-2935 (D. Md. July 31, 2015); entre otros.

2003)[939] abordan la legitimación de un licitador no seleccionado para impugnar la adjudicación de un contrato público.

En ambos casos, los tribunales consideraron que el licitador estaba legitimado para impugnar la adjudicación, aunque el razonamiento difirió. En *Byrne & Jones*, el tribunal se centró en el argumento del licitador de que se le había negado una oportunidad justa y equitativa de competir, mientras que, en *Harrison*, el tribunal se centró en la importancia relativa de una declaración falsa en el contexto de la contratación.

En segundo lugar, los casos de *Prof'l Bldg. Maint. Corp. v. Sch. Bd. of the Cnty. of Spotsylvania*,[940] 283 Va. 747 (Va. 2012)[941] y *NTCH, Inc. v.*

939 En *Harrison v. Westinghouse Savannah River Co.*, Edwin Harrison alega que Westinghouse certificó falsamente al Departamento de Energía que no existían conflictos de intereses organizativos entre Westinghouse y General Physics Corporation. Aunque el tribunal de distrito inicialmente desestimó la demanda, el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito revocó en parte y devolvió el caso. En la devolución, el jurado determinó que la certificación era falsa y que Westinghouse tenía conocimiento de la falsedad. El tribunal de distrito impuso una sanción a Westinghouse, al considerar que la certificación falsa era material. El tribunal siguió el precedente en Berge para determinar la materialidad, y rechazó el argumento de Westinghouse de que carecía de la ciencia requerida. El tribunal también concluyó que se aplicaba la doctrina del "conocimiento colectivo" y que había pruebas suficientes para que el jurado determinara que Westinghouse poseía la ciencia necesaria. Westinghouse apeló, argumentando que la certificación no era material, que carecía del científico requerido y que la queja de Harrison no era lo suficientemente específica. Harrison apeló de forma cruzada, argumentando que la materialidad no es un elemento requerido por la FCA, y solicitando la devolución de todo el dinero pagado por el DOE a Westinghouse, así como los gastos de litigios personales y los honorarios de los abogados. El tribunal rechazó las solicitudes de Harrison y redujo los honorarios de los abogados otorgados.

940 Seguido por *Prof'l Bldg. Maint. Corp. v. Sch. Bd. of the Cnty. of Spotsylvania*, 283 Va. 747 (Va. 2012.

941 El expediente Nº 110410 se refiere al caso de la Corporación Profesional de Mantenimiento de Edificios (PBM) contra la Junta Escolar del Condado de Spotsylvania. PBM alega que la Junta Escolar violó la Ley de Contratación Pública de Virginia (la Ley) al no adjudicar el contrato a PBM, el postor responsable más bajo. Además, PBM afirma que la Junta Escolar consideró criterios no establecidos en la Invitación a Licitar y no describió el método para otorgar puntos para los criterios de licitación.

Fed. Commc'ns Comm'n,[942] 950 F.3d 871 (D.C. Cir. 2020)[943] abordan la importancia de cumplir con los requisitos establecidos en la invitación a licitar. En ambos casos, los tribunales hicieron hincapié en que la autoridad contratante debía adjudicar el contrato al licitador menos responsable y con menor capacidad de respuesta, y que las ofertas que no cumplieran los requisitos debían excluirse de la evaluación.

La Junta Escolar presentó una objeción, afirmando que el contrato se adjudicaría al mejor postor de valor, no al postor responsable más bajo. Sin embargo, el tribunal de circuito apoyó la objeción de la Junta Escolar, encontrando que la Invitación cumplía con los requisitos de la ley para una solicitud de adquisición de 'Mejor Valor'. PBM apela la decisión del tribunal de circuito, afirmando que la Junta Escolar no cumplió con los requisitos de la Ley, que requiere que el contrato se adjudique después de una licitación competitiva sellada, a menos que la ley autorice lo contrario. PBM también argumenta que el contrato de la Junta Escolar no está comprendido en ninguna de las subsecciones que prevén un método de adquisición distinto de la licitación competitiva sellada. La Ley describe el proceso para la licitación competitiva sellada, que incluye la adjudicación del contrato al licitador responsable y con menor capacidad de respuesta. PBM afirma que su oferta se ajusta en todos los aspectos materiales a la Invitación a Licitar, lo que la convierte en el licitador menos responsable y receptivo. En última instancia, el tribunal rechazó la posición de la Junta Escolar, al considerar que no cumplieron con la Ley. PBM también alega que la Junta Escolar actuó de manera arbitraria y caprichosa.

942 Seguido por *NTCH, Inc. v. Fed. Commc'ns Comm'n*, 950 F.3d 871 (D.C. Cir. 2020; *Northstar Wireless, LLC v. Fed. Commc'ns Comm'n*, 38 F.4th 190 (D.C. Cir. 2022); *U.S. Postal Serv. v. Postal Regulatory Comm'n*, 963 F.3d 137 (D.C. Cir. 2020).

943 NTCH, Inc. está impugnando tres decisiones tomadas por la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés) relacionadas con las licencias de Dish Network Corporation en la banda AWS-4. La FCC modificó las licencias de Dish para permitir que la compañía desarrollara una red terrestre independiente, renunció a ciertas restricciones técnicas y estableció los procedimientos para la Subasta 96. Las peticiones de NTCH para la revisión de estas decisiones fueron denegadas, y se le pidió a la FCC que considerara las impugnaciones de NTCH a las órdenes de exención en cuanto al fondo. El tribunal finalmente concluyó que la decisión de la FCC de modificar las licencias de Dish no fue "arbitraria, caprichosa, un abuso de discreción o de otra manera no conforme a la ley", pero devolvió el tema de las exenciones a la FCC para su posterior consideración. También se rechazó la impugnación de NTCH a los procedimientos de la Subasta 96.

En tercer lugar, los casos de *LTMC/Dragonfly, Inc. v. Metropolitan Washington Airports Authority*, 699 F. Supp. 2d 281 (D.D.C. 2010)[944] y *Debcon v. City of Glasgow*, 305 Mont. 391 (Mont. 2001)[945] abordan los derechos y recursos de las partes involucradas en las licitaciones de contratos de obras públicas. En *LTMC/Dragonfly*,[946] el tribunal determinó que el demandante estaba legitimado para impugnar

944 Seguido por *LTMC/Dragonfly, Inc. v. Metropolitan Washington Airports Authority*, 699 F. Supp. 2d 281 (D.D.C. 2010; *Republican Nat'l Comm. v. Pelosi*, 602 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2022); *The Cherokee Nation v. United States Dep't of Interior*, Civil Action 20-2167 (TJK) (D.D.C. Nov. 23, 2022); *Kerpen v. Metro. Wash. Airports Auth.*, 260 F. Supp. 3d 567 (E.D. Va. 2017); *Eco Tour Adventures, Inc. v. Jewell*, 174 F. Supp. 3d 319 (D.D.C. 2016).

945 Seguido por *Debcon v. City of Glasgow*, 305 Mont. 391 (Mont. 2001; *Hickey v. Baker School District No. 12*, 313 Mont. 162 (Mont. 2002); *Morton v. Lanier*, 311 Mont. 301 (Mont. 2002); *Kent v. City of Columbia Falls*, 379 Mont. 190 (Mont. 2015); *Vainio v. State*, 378 Mont. 542 (Mont. 2015); *The EState Donald v. Kalispell Reg'l Med. Ctr.*, 361 Mont. 179 (Mont. 2011); *The Estate of Donald v. Kalispell Regional Medical Center*, 2011 MT 166 (Mont. 2011); *Gonzales v. City of Bozeman*, 352 Mont. 145 (Mont. 2009); *M.K. Weeden Constr., Inc. v. Montana*, CV 13-49-H-CCL (D. Mont. Sep. 4, 2013); *Robb V. State Farm Mutual Automobile Insurance Company*, Cause No. CV 06-15-M-JCL (D. Mont. Oct. 23, 2006); *Reier Broadcasting Co. v. Msu-Bozeman*, 328 Mont. 471 (Mont. 2005).

946 LTMC/Dragonfly, Inc. presentó una demanda contra la Autoridad de Aeropuertos Metropolitanos de Washington (MWAA, por sus siglas en inglés) por no seleccionarlos para una concesión de taxis en el Aeropuerto Internacional Washington Dulles. La MWAA intentó desestimar el caso, argumentando que LTMC no tenía legitimación, que la Ley de Habilitación no autoriza las acciones de protesta de licitación y que el caso estaba prohibido por la doctrina de los laches. Sin embargo, el tribunal determinó que LTMC sí tenía legitimación y que la demora en la presentación de la demanda no impedía el caso. El tribunal dictaminó que la Ley Habilitante no permite daños y perjuicios. LTMC alega que MWAA no siguió un proceso justo y abierto en la adjudicación de los contratos de concesión, y que su oferta debería haber sido seleccionada. Afirman que la evaluación de las ofertas por parte de la MWAA fue arbitraria y caprichosa, y que un conflicto de intereses contaminó el proceso. Específicamente, LTMC alega que un cabildero contratado por uno de los licitadores ganadores, Dulles Airport Taxi, Inc. (DAT), tenía una relación con el presidente de la junta de MWAA, lo que influyó en el proceso de selección. LTMC también afirma que MWAA evaluó indebidamente la propuesta de DAT, a pesar de la problemática historia de la empresa. LTMC llevó a cabo todas las protestas y apelaciones administrativas antes de presentar la demanda.

el proceso de contratación, mientras que en *Debcon*,[947] el tribunal determinó que el demandante tenía derecho a una indemnización por daños y perjuicios después de haber sido rechazado del proceso de licitación.

Por último, en el caso *Office Design Grp. v. United States*, 951 F.3d 1366 (Fed. Cir. 2020)[948] se analiza la evaluación de las ofertas en un proceso de contratación pública, que es similar a la situación en nuestra investigación.[949]

---

947 Debcon, Inc. presentó una demanda contra la ciudad de Glasgow y Delta Engineering, Inc., alegando negligencia en la adjudicación de un contrato de construcción. Debcon afirma que la Ciudad y Delta no siguieron sus propias especificaciones de licitación y que Delta hizo declaraciones falsas en sus recomendaciones a la Ciudad. Delta argumenta que no tenía ningún deber de cuidado con Debcon, como ajena al contrato entre Delta y la Ciudad. El Tribunal de Distrito otorgó un juicio sumario a favor de Delta, concluyendo que Delta no tenía ningún deber de cuidado hacia Debcon. Debcon apela esta decisión, argumentando que Delta tiene un deber de cuidado con los licitadores públicos competitivos. El Tribunal revisa la orden de juicio sumario *de novo*, utilizando los mismos criterios aplicados por el Tribunal de Distrito. La Corte discute el precedente legal para el caso, señalando que la ley relativa a los contratos de obras públicas está bien establecida en Montana. También describe las condiciones bajo las cuales se acumula un reclamo de reparación y los requisitos para un reclamo exitoso por negligencia. En última instancia, el Tribunal está de acuerdo con Debcon en que la ley relativa a la imposición de un deber en estas circunstancias está bien establecida en Montana, pero concluye que Delta no tenía un deber de cuidado con Debcon. El intento de Debcon de enmendar su queja para incluir una reclamación de mala fe también fue rechazado.

948 Seguido por *Vectrus Systems Corp. v. United States*, No. 20-2053C (Fed. Cl. Apr. 23, 2021); *Harmonia Holdings Grp. v. United States*, 999 F.3d 1397 (Fed. Cir. 2021); *Taahut v. United States*, 2020-1726 (Fed. Cir. Mar. 11, 2021); *Wellpoint Military Care Corp. v. United States*, 953 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2020); *Agile-Bot II, LLC v. United States*, No. 21-1529C (Fed. Cl. Sep. 4, 2021); *Sophion Bio Science, Inc. v. United States*, No. 21-1065 (Fed. Cl. June 25, 2021); *Logistics Health, Inc. v. United States*, No. 21-759 (Fed. Cl. June 11, 2021); *Caci, Inc.-Federal v. United States*, 67 F.4th 1145 (Fed. Cir. 2023); *Obsidian Sols. Grp. v. United States*, 54 F.4th 1371 (Fed. Cir. 2022); *Sys. Studies & Simulation v. United States*, CAE U.S., No. 2021-1469 (Fed. Cir. Dec. 30, 2021); Sys. Studies & Simulation, Inc. v. United States, Cae U.S. Inc., 22 F.4th 994 (Fed. Cir. 2021); 10 *Tanker Air Carrier, LLC v. United States*, No. 21-1084 (Fed. Cl. Aug. 27, 2021); *22nd Century Techs. v. United States*, No. 21-1137C (Fed. Cl. July 21, 2021),

949 El caso de *Office Design Grp. v. United States* gira en torno a la emisión de cinco RFP por parte del VA para mobiliario sanitario y servicios relacionados. ODG

En el campo de las licitaciones y contratos públicos, varios casos judiciales han establecido directrices cruciales. Los casos de *Byrne & Jones y Harrison*, por ejemplo, abordan la legitimidad de un licitador no seleccionado para impugnar una adjudicación. En *Byrne & Jones*, la atención se centró en asegurar una competencia justa y equitativa, mientras que *Harrison* resaltó la importancia de la veracidad en el proceso de contratación. Paralelamente, *Prof'l Bldg. Maint. Corp. y NTCH, Inc.* subrayaron la necesidad de adherirse estrictamente a los requisitos establecidos en las invitaciones a licitar, enfatizando que las autoridades contratantes deben excluir ofertas que no cumplan con estos criterios.

Además, los casos de *LTMC/Dragonfly y Debcon* ofrecieron perspectivas sobre los derechos y recursos de los participantes en las licitaciones de obras públicas. En *LTMC/Dragonfly* se reconoció la legitimidad de los licitadores para impugnar los procesos de licitación, mientras que en *Debcon* se estableció la posibilidad de compensación por daños y perjuicios para los licitadores excluidos injustamente. Por último, el caso de *Office Design Grp.* proporcionó orientación sobre la evaluación de ofertas en los procesos de contratación pública, destacando la necesidad de un escrutinio detallado y justo de todas las propuestas presentadas. Estos casos colectivamente iluminan las complejidades legales y las normativas que rigen las

presentó una propuesta para las cinco regiones, pero se le asignó una calificación inaceptable por su propuesta técnica, lo que la hizo inelegible para la adjudicación. ODG presentó una protesta de licitación ante la GAO, alegando que el VA evaluó de manera irrazonable y dispar su propuesta técnica. Después de que la GAO negara la protesta, ODG presentó una protesta de licitación ante el Tribunal de Reclamaciones, que también rechazó la moción. ODG apeló ante el Circuito Federal, argumentando que el VA se desvió injustificadamente de los términos de la RFP y evaluó de manera dispar su propuesta técnica. El Circuito Federal rechazó ambos argumentos, señalando que la propuesta de ODG era sustancialmente distinguible de otras propuestas, y confirmó la decisión del Tribunal de Reclamaciones.

licitaciones y contrataciones públicas, ofreciendo lecciones valiosas para situaciones similares.

F) Caso de la reclamación de honorarios legales por parte de un licitante. (Sentencia X ZR 143/10)

a) Antecedentes del Caso

La demandante reclama los honorarios de abogados como indemnización después de que un proceso de adjudicación realizado por la demandada, en el que ella participó, fuera cancelado debido al uso de criterios de evaluación contrarios a la ley de contratación pública.

En el procedimiento de licitación abierto, el demandado ofreció servicios de salvamento para un período determinado. El contrato debía ser otorgado a la oferta más ventajosa económicamente. Los documentos de licitación establecían criterios de rentabilidad con ponderaciones asignadas para su evaluación.

Después de que la demandante solicitó los documentos de adjudicación, los remitió a su representante legal actual con una solicitud de revisión. En su carta de queja, señaló que los criterios de idoneidad y rentabilidad se mezclaron en violación de la ley de contratación pública en el esquema de evaluación de rentabilidad. La demandante retiró su primer recurso de revisión después de ser declarado improcedente por la Sala de Contrataciones Públicas. Posteriormente, presentó una oferta por un lote del contrato anunciado y presentó otra solicitud de revisión, la cual fue exitosa en la instancia de apelación.

En su decisión del 3 de septiembre de 2009 (Laudo R 2009, 933), el panel de contratación pública del Tribunal Regional Superior de Naumburg determinó que el contrato celebrado con otro proveedor para los servicios anunciados era nulo y obligó al demandado a interrumpir el proceso de contratación. El Senado de adjudicación

justificó estas medidas principalmente debido a una violación de la separación de criterios de idoneidad y rentabilidad exigida por la ley de contratación pública. Se consideró que al menos los criterios de adjudicación números 2, 3, 5 y 6 estaban relacionados con el licitador, mientras que el criterio número 4 era opaco, lo que significa que la selección de la oferta más barata dependía en un 55% de la persona del licitador, en lugar de su contenido. El Tribunal Superior de Justicia fijó el valor impugnado del procedimiento de revisión en hasta 800.000 euros.

Después de la cancelación del procedimiento de adjudicación, la demandante exigió al demandado el reembolso de 2,3 veces la tarifa según el W 2300 VV-RVG (10.687,15 €) por encargar a su representante legal la revisión de los pliegos antes de iniciar el primer procedimiento de revisión. Ante la negativa del demandado a pagar, la demandante presentó una demanda reclamando esta suma, además de una cantidad de 962,71 € por la afirmación previa al juicio de esta demanda por daños y perjuicios (ambas tasas más IVA). El tribunal regional desestimó la acción, pero el tribunal regional superior lo permitió. Con su apelación admitida por la Corte de Apelaciones, el demandado continúa con su moción de desestimación.

El tribunal de apelación justificó su decisión al afirmar que el demandante tiene derecho a una indemnización por la pérdida de confianza en el procedimiento de adjudicación. El demandante no participó de manera táctica, sino que expresó desde el principio sus quejas sobre los errores contrarios a la ley de contratación pública. La orden de examen procesal no fue un intento de sabotear el procedimiento y los honorarios reclamados no están registrados en otra parte. Después de la decisión del Senado de adjudicación, el demandante tenía derecho a solicitar el reembolso de los costos del procedimiento judicial.

El Tribunal Federal razona que el demandante tiene derecho a reclamar daños y perjuicios según los artículos del Código Civil alemán (241.II[950] y 311.II[951]). El tribunal de contratación pública determinó que el demandado estableció criterios de evaluación contrarios a la ley de contratación pública, lo cual es vinculante en el proceso de compensación de daños. Debido a estas violaciones, el procedimiento de contratación tuvo que ser cancelado, lo cual no está exento de sanciones. Existe una obligación precontractual de considerar los derechos e intereses de la otra parte durante las negociaciones del contrato, incluso en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. La afirmación de que no existía tal obligación con el demandante es infundada, opina el Tribunal Federal.

Cuando las negociaciones se basan en documentos de licitación proporcionados por el licitador, el órgano de contratación debe preparar dichos documentos de acuerdo con la ley de contratación pública. Esto implica evitar establecer criterios económicos que impidan una evaluación adecuada de las ofertas y provoquen la

950 BGB §241: "(1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
(2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte."

951 BGB § 311: "(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,
2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
3. Contactos similares de tipo negocial.
(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato."

cancelación del procedimiento. Los licitadores tienen un interés protegido en que el cliente público diseñe y lleve a cabo el procedimiento de manera que los costos se utilicen de acuerdo con el propósito de la competencia.

El Tribunal Federal razona que el demandado debe indemnizar al demandante por el daño causado debido a su incumplimiento del deber de consideración (§ 280 Párr. 1 BGB[952]). La responsabilidad por este incumplimiento recae en el deudor responsable. Este Tribunal Federal continúa manifestando que en cuanto a la reclamación de daños y perjuicios basada en la culpa en la iniciación del contrato, la jurisprudencia anterior del Senado requería un elemento adicional de confianza por parte del demandante. Sin embargo, en el caso de compensación de daños después de la cancelación de un procedimiento de adjudicación, como en este caso, donde no estaba contemplado por la ley de contratación pública, un licitador puede solicitarla si no pudo confiar en la legalidad del procedimiento o si no se vio involucrado de la manera en que lo hizo. El Senado no considera necesario este requisito adicional de confianza para las reclamaciones de daños y perjuicios basadas en la mala conducta de una autoridad contratante de acuerdo con la ley de contratación pública antes de la celebración del contrato.

Este aspecto es sumamente interesante de discutir. Lo que está proponiendo el Tribunal Federal es desatender el requisito de la confianza detrimental y concentrarse en la mala fe del licitador que mediante su culpa o negligencia genera los danos y perjuicios recurridos. Esta idea la desarrolla puntualmente en los siguientes párrafos de sus fundamentos de derecho (Sentencia X ZR 143/10):

952 BGB § 280: (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.

De acuerdo con la redacción de la disposición legal, la reclamación por daños y perjuicios derivada de la Sección 280 (1)[953] en conjunto con la Sección 241 (2)[954] y la Sección 311 (2) No. 1 BGB[955] está vinculada al incumplimiento de un deber de cuidado en el parte de los intervinientes derivados de la relación contractual. No hay nada que deducir de la disposición legal para respaldar el hecho de que el acreedor sólo debe tener derecho a daños y perjuicios si ha reclamado una confianza adicional en caso de incumplimiento de tal deber de consideración. Para la ley de contratación pública, tampoco es necesario seguir exigiendo la confianza del postor como elemento no escrito de los hechos. Porque esta área se caracteriza porque se regula detalladamente el curso de la negociación del contrato y los deberes de conducta impuestos al cliente. Los deberes de consideración establecidos en la Sección

953 BGB § 280: (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.

954 BGB §241: "(1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
(2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte."

955 BGB § 311: "(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,
2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
3. Contactos similares de tipo negocial.
(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato."

241 (2)[956] del Código Civil alemán están vinculados a los deberes de conducta resultantes. No precede, pues, alegar como hecho especial la confianza, cuyo cumplimiento podría ser motivo de responsabilidad por culpa en la iniciación de un contrato. En caso de controversia, no es necesario aclarar en qué medida el hecho de la confianza exigida para las reclamaciones por daños y perjuicios por *culpa in contrahendo* en virtud de la antigua ley sigue siendo relevante para otros grupos de casos que se han desarrollado en el marco de este concepto jurídico.

Dependiendo de las circunstancias de la disputa, lo mismo se aplica a la cuestión de las condiciones bajo las cuales el licitador demandante debe aceptar la negligencia concurrente (§ 254 BGB)[957] (párrafo 15).

El hecho de que la actora no haya podido recibir el contrato licitado por no haber presentado oferta dentro del plazo de licitación no impide su reclamación por daños y perjuicios. De acuerdo con la jurisprudencia del Senado, una excepción al principio de que no sólo el interés en la ejecución, sino también la reclamación por daños y perjuicios basada en el interés negativo sólo está disponible para el postor, puede considerarse en casos de cancelación injustificada del

956 BGB §241: "(1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
(2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte."

957 BGB § 254: negligencia concurrente: (1) Si el daño fue causado por culpa de la parte perjudicada, la obligación de proporcionar una compensación y el alcance de la compensación a pagar depende de las circunstancias, en particular en la medida en que el daño fue causado predominantemente por uno o la otra parte
(2) Esto también se aplica si la culpa de la parte perjudicada se limita al hecho de que no llamó la atención del deudor sobre el riesgo de un daño inusualmente alto, que el deudor no sabía ni tenía que saber, o que no pudo evitar o mitigar el daño. La disposición de la Sección 278 se aplica en consecuencia.

> procedimiento de adjudicación, el que si el procedimiento de adjudicación se hubiera desarrollado con normalidad, el contrato debería haberse adjudicado. (Párrafo 16).
>
> Si el licitador confrontado con tales criterios de evaluación consulta a un abogado, las costas resultantes de su contratación son un daño causal adecuado causado par el incumplimiento del deber. Es irrelevante que el licitador no esté seguro de que los documentos de licitación violen la ley de contratación pública al contratar al abogado, pero la experiencia ha demostrado que, como máximo, tendrá dudas al respecto (párrafo 17).
>
> El demandado no puede alegar con éxito que los gastos en cuestión habrían sido incurridos por el demandante si él, el demandado, hubiera actuado de conformidad con la ley de contratación pública. La objeción que en ella se ve, de que el daño alegado se habría producido aun cuando la parte perjudicante hubiera actuado lícitamente (párrafo 19).

Entonces, postula el Tribunal Federal, en este caso, el procedimiento de adjudicación llevado a cabo con un esquema de evaluación contrario a la ley de contratación pública no puede ser comparado con uno que cumpla con los criterios legales. El tribunal no concluyó sobre la responsabilidad del demandado basada en una conducta alternativa lícita, y la apelación no demostró que el tribunal de apelaciones considerara adecuadamente las objeciones del demandado.

La apelación no tiene éxito al impugnar el cálculo de la tarifa reclamada basada en el valor de 800,000 €, ya que corresponde al valor disputado legalmente para los procedimientos de queja. Además, el reembolso de 2.3 veces la tarifa no es cuestionada de manera válida en la apelación. El hecho de que la actividad

extrajudicial haya concluido en una fecha específica no indica que el asunto fuera pequeño en alcance o dificultad. El procedimiento de contratación exige presentar quejas inmediatas sobre las violaciones de la ley y alienta a los abogados a verificar rápidamente los hechos y presentar quejas de inmediato, especialmente cuando se acerca el plazo de oferta.

El Tribunal Federal cuestiona la justificación de una tarifa más alta en los procedimientos de contratación, argumentando que la dificultad superior a la media es discutible. Los litigios en este campo varían en alcance y dificultad, por lo que asignar una tarifa generalmente más alta no es apropiado. También se destaca la importancia de considerar la especialización en servicios jurídicos y no medir el esfuerzo solo por los problemas surgidos en la revisión posterior. La apelación no demuestra que se hayan ignorado los argumentos del demandado.

Además, el hecho de que los honorarios en el procedimiento de contratación sean más altos que los costos en la revisión no respaldan la apelación. La apelación no tiene éxito al oponerse al impuesto sobre las ventas adeudado sobre los honorarios. No hay documentación disponible sobre las decisiones del tribunal de distrito o la sentencia de apelación, y no se alega que se hayan ignorado las objeciones del demandado.

En conclusión, el Tribunal Federal asume que la parte demandante tenía derecho a solicitar daños y perjuicios porque el solicitante incurrió en violaciones a la ley de licitación, de modo que los gastos incurridos por el licitador (léase honorarios profesionales) derivan de la culpa del solicitante en el contexto de su violación a la ley de licitación mencionada. El Tribunal Federal hace mención a una violación al deber de cuidado de la parte solicitante, de modo

que el razonamiento desplegado en esta resolución se condice con la doctrina de los *torts*, o sea de la responsabilidad extracontractual.

b) Análisis del Caso

Ahora bien, el análisis del caso desde la perspectiva de *misrepresentation* y luego bajo la doctrina de la *culpa in contrahendo* (CIC), permite una comparación interesante de cómo ambas doctrinas podrían llegar a un resultado similar en este escenario.

a. Análisis bajo *Misrepresentation*:
    1. Aseveración que no está de acuerdo con los hechos: En el caso, el demandado (la entidad de licitación) no proporcionó criterios de evaluación que estuvieran en línea con la ley de contratación pública. Esto podría interpretarse como una aseveración implícita de que el proceso de licitación se estaba llevando a cabo de manera legal y justa.
    2. Aseveración fraudulenta: No hay evidencia de fraude intencional por parte del demandado, pero la falta de claridad y la violación de las normas legales podrían interpretarse como un engaño implícito.
    3. Confianza en la aseveración: El demandante confió en que el proceso de licitación se llevaría a cabo de acuerdo con la ley de contratación pública, lo cual es una expectativa razonable.
    4. Justificación de la confianza del receptor: La confianza del demandante en la legalidad y justicia del proceso de licitación estaba justificada dadas las normas y expectativas en los procesos de licitación.

b. Análisis bajo CIC:
    1. Deber de Informar (CIC): Bajo la CIC, hay un deber de cuidado e información durante las etapas precontractuales. El demandado tenía el deber de asegurar que el proceso

de licitación se llevara a cabo de acuerdo con las normas legales y proporcionar información clara y precisa a los licitadores.

2. Confianza suscitada y defraudada: El demandante confió en la legalidad del proceso de licitación. La falta de cumplimiento de las normas de contratación pública por parte del demandado constituye una violación del deber de cuidado precontractual.
3. Daño causado: El Tribunal determinó que el demandante sufrió daños debido a la violación de las normas de licitación por parte del demandado, lo cual es una violación del deber precontractual de cuidado y de información.

c. Conclusión:

En este caso, tanto bajo la teoría de *misrepresentation* como bajo la CIC, se llega a la conclusión de que el demandado incurrió en una falta al no conducir el proceso de licitación de acuerdo con la ley de contratación pública. Bajo *misrepresentation*, esto se interpreta como una aseveración implícita que no está de acuerdo con los hechos y que llevó a un daño al demandante. Bajo la CIC, el incumplimiento del deber de cuidado e información durante la fase precontractual resultó en daños compensables. En ambos casos, el demandante confió en la legalidad del proceso de licitación y sufrió daños como resultado de las acciones del demandado.[958]

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó la ley de contratación pública al utilizar criterios

958 En el anexo III se realiza el análisis de este caso bajo la perspectiva del *Promissory estoppel*.

inadecuados en el proceso de adjudicación, y que el demandante resultó perjudicado como resultado.

Los casos que son más relevantes para nuestra investigación generalmente discuten disputas sobre procesos de contratación pública. Por ejemplo, en el caso *Safeguard Base Operations, LLC v. United States*, 989 F.3d 1326 (Fed. Cir. 2021),[959] el tribunal concedió una indemnización por daños y perjuicios al demandante tras determinar que el gobierno había violado la legislación sobre contratación pública al utilizar criterios inadecuados para cancelar un proceso de contratación.[960]

De manera similar, en *Labatt Food Serv. v.* U.S., 577 F.3d 1375 (Fed. Cir. 2009),[961] el tribunal determinó que el gobierno violó la

959 Seguido por *M Nicolas Enters. v. The United States*, 20-cv-691C (Fed. Cl. Sep. 1, 2021); *Wavelink, Inc. v. United States*, No. 20-749C (Fed. Cl. June 24, 2021); *Thaler v. Vidal*, 43 F.4th 1207 (Fed. Cir. 2022); *Santana ex rel. Santana v. United States*, No. 16-1703C (Fed. Cl. July 28, 2021); *Senegal v. United States*, No. 21-1138C (Fed. Cl. June 25, 2021).

960 El caso *Safeguard Base Operations, LLC v. United States* se refiere a una protesta de licitación que involucra una reclamación contractual implícita de hecho en el contexto de la contratación. Safeguard, el demandante-apelante, argumenta que fueron injustamente descalificados del proceso de licitación por omitir información sobre precios que, según afirman, no era requerida por la solicitud. El Tribunal de Reclamaciones falló a favor de los demandados, B&O y los Estados Unidos, concluyendo que la solicitud sí requería la información y que la omisión era material. El Tribunal de Apelaciones confirmó la decisión del Tribunal de Reclamaciones y dictaminó que el Tribunal de Reclamaciones tenía jurisdicción sobre las reclamaciones de incumplimiento de un contrato de hecho implícito en el contexto de la contratación. En el caso también se analizan las tres decisiones de selección de fuentes adoptadas por el Gobierno, las protestas posteriores presentadas por Safeguard y los procedimientos del Tribunal de Reclamaciones. Además, aclara los estándares de revisión aplicados por la Corte de Apelaciones, el razonamiento detrás de la decisión de la Corte y la importancia de la información de precios omitida. Por último, el documento proporciona información sobre las inconsistencias entre la Solicitud y la Pregunta y Respuesta 9, los argumentos de Safeguard contra la decisión de la Agencia de descalificarlos y la negativa del Tribunal de Reclamaciones Federales a considerar las alegaciones de parcialidad.

961 Bluestar Energy Servs. Inc. v. United States, No. 11-460C (Fed. Cl. Sep. 22, 2011); Bluestar Energy Services, Inc. v. U.S., Nos. 11-460C and 11-461C (Fed. Cl. Sep. 22, 2011);

ley de adquisiciones al no adherirse al método de transmisión prescrito en la solicitud. Estos casos sugieren que una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó la ley de adquisiciones al usar criterios inadecuados en el proceso de adjudicación.[962]

Clinicomp Int'l, Inc. v. United States, 904 F.3d 1353 (Fed. Cir. 2018); ICP Northwest, LLC v. United States, No. 10-869C (Fed. Cl. Mar. 23, 2011); Digitalis Education Solutions, Inc. v. U.S., No. 10-855 (Fed. Cl. Feb. 11, 2011); Kinemetrics, Inc. v. United States, No. 21-1626 (Fed. Cl. Sep. 10, 2021); GTA Containers, Inc. v. United States, No. 11-606C (Fed. Cl. Feb. 22, 2012); Brooks Range Contract Servs. Inc. v. United States, No. 11-700 C (Fed. Cl. Dec. 19, 2011); Joint Venture of Comint Sys. v. United States, No. 11-400 C (Fed. Cl. Dec. 19, 2011); Castle-Rose, Inc. v. U.S., No. 11-163C (Fed. Cl. June 28, 2011); Commissioning Solutions Global, LLC v. U.S., No. 10-249 C (Fed. Cl. Jan. 21, 2011); Allied Technology Group, Inc. v. U.S., No. 10-120C (Fed. Cl. July 2, 2010); Coastal International Security, Inc. v. U.S., No. 09-667C (Fed. Cl. June 30, 2010); Magnum Opus Technologies, Inc. v. U.S., Nos. 10-106C, 10-127C (consolidated) (Fed. Cl. May 28, 2010); Usfalcon, Inc. v. U.S., No. 09-602C (Fed. Cl. May 4, 2010); Camden Shipping Corporation v. U.S., No. 09-600 C (Fed. Cl. Oct. 15, 2009); Sekri, Inc. v. United States, 34 F.4th 1063 (Fed. Cir. 2022); Tinton Falls Lodging Realty, LLC v. United States, 800 F.3d 1353 (Fed. Cir. 2015); Orion Tech., Inc. v. United States, 704 F.3d 1344 (Fed. Cir. 2013); Virgin Islands Paving, Inc. v. United States, No. 11-687C (D.C. Cir. Jan. 31, 2012); Sci. Applications Int'l Corp. v. United States, No. 11-690 C (D.C. Cir. Jan. 9, 2012); Three S Consulting v. United States, No. 10-583C (Fed. Cl. Apr. 27, 2012); Distributed Solutions, Inc. v. United States, No. 06-466 C (Fed. Cl. Apr. 13, 2012); Elec. On-Ramp, Inc. v. United States, No. 12-22 C (Fed. Cl. Mar. 28, 2012); URS Fed. Servs. Inc. v. United States, No. 11-790 (Fed. Cl. Dec. 30, 2011); Akal Sec. Inc. v. United States, No. 11-562C (Fed. Cl. Dec. 29, 2011); Seaborn Health Care, Inc. v. U.S., Nos. 11-489C 11-500C (Fed. Cl. Oct. 11, 2011); Defense Technology, Inc. v. U.S., No. 11-111C (Fed. Cl. June 14, 2011); Dow Electric, Inc. v. U.S., No. 10-883C (Fed. Cl. June 2, 2011); Vanguard Recovery Assistance v. U.S., No. 11-39C (Fed. Cl. May 27, 2011); Hallmark-Phoenix 3, LLC v. United States, No. 11-98C (Fed. Cl. May 24, 2011); Watterson Construction Company v. U.S., No. 10-587C (Fed. Cl. Mar. 29, 2011); Google, Inc. v. U.S., No. 10-743C (Fed. Cl. Jan. 4, 2011); Bannum, Inc. v. U.S., No. 10-479C (Fed. Cl. Dec. 28, 2010); Planners Collaborative, Inc. v. U.S., No. 10-476 (Fed. Cl. Nov. 3, 2010); Ereh Phase I LLC v. United States, No. 10-560 C (Fed. Cl. Nov. 3, 2010); entre otros.

962 El caso No. 2009-5017, *Labatt Food Serv. v.* U.S., gira en torno a un contrato para un servicio de distribución de alimentos de línea completa para instalaciones militares y otros clientes autorizados en el área de Texas/Oklahoma. Tres empresas presentaron ofertas competitivas, pero después de revisar las propuestas, el Centro de Suministros de Defensa de Filadelfia (DSC) solicitó información adicional. Las tres empresas respondieron por correo electrónico, que no era el método de transmisión prescrito. DSC adjudicó el contrato a USF, pero Labatt presentó protestas. DSC tomó

Sin embargo, algunas autoridades sugieren que se puede impedir que el demandante interponga una demanda de esa índole si existe una disposición de recurso exclusivo en la ley de contratación pública de que se trate. Por ejemplo, en *J S Services, Inc. v. Tomter*, 139 P.3d 544 (Alaska 2006),[963] el tribunal sostuvo que la disposición de recurso exclusivo en el Código de Adquisiciones del Estado de Alaska prohibía al demandante demandar al estado y a un funcionario de adquisiciones estatales por daños monetarios.[964]

---

medidas correctivas, pero Labatt fue eliminado de la competencia por presentar una respuesta tarde. Labatt presentó una protesta posterior a la adjudicación de la oferta, que fue concedida, pero Estados Unidos apeló. El tribunal finalmente dictaminó que Labatt carecía de legitimación para impugnar la adjudicación debido a la falta de prejuicio, y distinguió entre las dos irregularidades en el proceso de licitación, argumentando que la presentación tardía de Labatt era un problema más grave.

963 Seguido por *Bachner Co. v. Weed*, 315 P.3d 1184 (Alaska 2014); *Weed v. Bachner Co.*, 230 P.3d 697 (Alaska 2010); *Bachner Co. v. State*, 387 P.3d 16 (Alaska 2016); *Mills v. Hankla*, 297 P.3d 158 (Alaska 2013); *Olson v. O'Brien*, No. 14-35795 (9th Cir. Aug. 15, 2016); *Skagway Jewelry Co. v. Westmark Hotels, Inc.*, No. 1:16-cv-00005 RRB (D. Alaska July 8, 2016); *Alaska Rent-A-Car, Inc. v. Cendant Corp.*, No. 3:03-cv-00029-TMB (D. Alaska July 27, 2007); *Kanuk v. State*, 335 P.3d 1088 (Alaska 2014); Kanuk ex rel. Kanuk v. State, Dep't of Natural Res., 335 P.3d 1088 (Alaska 2014); *Weeks v. Houston, Supreme Court* No. S-14591 (Alaska Jan. 30, 2013); *Powercorp Alaska, LLC v. Alaska Energy Auth.*, 290 P.3d 1173 (Alaska 2013); P*owercorp Alaska, LLC v. Alaska Energy Auth.*, Supreme Court No. S-13729 (Alaska Oct. 12, 2012); *Estate of Mickelsen v. North-Wend Foods, Inc.*, 274 P.3d 1193 (Alaska 2012); *Maddox v. Hardy*, 187 P.3d 486 (Alaska 2008); *Alii Sec. Sys., Inc. v. Prof'l Sec. Consultants*, 383 P.3d 104 (Haw. Ct. App. 2016).

964 En este caso entre J S Services, Inc. y Tomter, J S Services alega que Tomter incurrió en una mala conducta intencional durante el proceso de adquisición. El Departamento de Recursos Naturales emitió una solicitud de propuestas (RFP, por sus siglas en inglés) para arrendar un avión para combatir incendios, con Tomter como gerente del proyecto. Aunque J S Services fue la única compañía que respondió antes de la fecha límite original, el departamento extendió la fecha límite y Tomter solicitó propuestas adicionales. J S Services afirma que Tomter se quejó de ellos a otra empresa y se comunicó con Torrison (amigo y propietario de Toram) durante el proceso de evaluación de la oferta. El departamento finalmente adjudicó el contrato a Toram, lo que J S Services protestó. El departamento negó la protesta, pero el comisionado de administración concedió una audiencia probatoria. El oficial de audiencias no encontró ninguna irregularidad real, pero el tribunal de apelaciones dictaminó que la disposición de recurso exclusivo no impedía a J S Services continuar con su queja contra Tomter individualmente. El tribunal también abordó la posibilidad de

De manera similar, en A.F. *Lusi Construction, Inc. v. Rhode Island Convention Center Authority*, 934 A.2d 791 (R.I. 2007),[965] el tribunal determinó que las reclamaciones del demandante estaban prohibidas por la disposición de recurso exclusivo de la Ley de Compras del Estado de Rhode Island. Estos casos sugieren que el demandante tal vez tenga que considerar si la ley de contratación pública en cuestión contiene una disposición de recurso exclusivo que podría impedir una demanda por tergiversación.[966]

---

que J S Services pudiera tener una demanda viable contra Tomter por interferencia intencional en las relaciones comerciales o *misrepresentation* intencional.

965 Seguido por *Senra v. Town of Smithfield*, 715 F.3d 34 (1st Cir. 2013); *R.I. Econ. Dev. Corp. v. Wells Fargo Sec.*, LLC, C.A. No. PB-12-5616 (R.I. Super. Aug. 28, 2013); *Rhode Island Economic Development Corporation v. Wells Fargo Securities, LLC*, C.A. PB-12-5616 (R.I. Super. Aug. 28, 2013); *Doe v. Brown Univ.*, 253 A.3d 389 (R.I. 2021); *Tucker Estates v. Charlestown*, 964 A.2d 1138 (R.I. 2009); *Rompf v. Int'l Tennis Hall of Fame, Inc.*, C.A. No. NC-2016-0053 (R.I. Super. Aug. 25, 2016); *Rhode Island Res. Recovery Corp. v. Brien*, C.A. No. PB 10-5194 (R.I. Super. July 16, 2012); *F. Saia Restaurants, LLC v. Pat's Italian Food to Go, Inc.*, C.A. No. PB 12-1294 (R.I. Super. May 5, 2012); *McKenna v. Curtin*, Civil No. 16-cv-108-LM (D.R.I. Nov. 29, 2016); *State v. Lead*, 951 A.2d 428 (R.I. 2008); *Gemma v. Sweeney*, C.A. No. PC-2018-3635 (R.I. Super. Oct. 15, 2019); *Boron ex rel. CVS Health Corp. v. Bracken*, C.A. No. PC-2017-4398 (R.I. Super. Apr. 29, 2019); *W.H.I., Inc. v. Courter*, C.A. No. WC-2015-0463 (R.I. Super. July 24, 2017); *Gordon v. Ryan*, C.A. No. PB 12-3098 (R.I. Super. Oct. 1, 2013); *Maron Constr. Co. v. Iron Constr. Grp., LLC*, C.A. No. PB-12-5409 (R.I. Super. Apr. 29, 2013); *Krupinski v. Deyesso*, C.A. No. PB 07-3484 (R.I. Super. Apr. 12, 2012); *Brookenick Development Co. v. Bruce*, C.A. No. PC-2008-2285 (R.I. Super. Aug. 20, 2009).

966 A.F. Lusi Construction, Inc. presentó una demanda verificada de cinco cargos contra la Autoridad del Centro de Convenciones de Rhode Island, alegando varias violaciones de la Ley de Compras Estatales, el derecho consuetudinario y la Constitución de Rhode Island. La demanda del demandante incluye acusaciones de solicitud indebida de ofertas, conflicto de intereses y el hecho de que el demandado no descalificó a las empresas que participaron en un estudio de factibilidad. El demandado solicitó que se desestimara la demanda, argumentando que la Ley de Compras del Estado no se aplica a los proyectos de construcción y que el demandante carecía de legitimación. El juez de moción desestimó la demanda, encontrando que el demandado no estaba obligado a seguir la Ley de Compras del Estado y que el demandante carecía de legitimación. El demandante apeló, argumentando que la Ley de Compras del Estado sí se aplica y que la Constitución de Rhode Island crea una causa privada de acción para medidas cautelares.

G. Caso del automóvil con kilometraje adulterado. Sentencia VIII ZR 38/09

a) Antecedentes del Caso

La VIII Cámara Civil de la Corte Federal de Justicia rechazó las apelaciones de los demandados contra la sentencia del 1er Senado Civil del Tribunal Regional Superior de Naumburg, emitida el 15 de enero de 2009. La audiencia oral, presidida por el presidente Ball y con la participación de los jueces Dr. Milger, Dr. Hessel, Dr. Aquiles, tuvo lugar el 16 de diciembre de 2009.

En el caso en cuestión, el demandante (el comprador de un carro usado) reclama indemnización por daños y perjuicios debido a la compra de un automóvil Audi A6. El vehículo fue adquirido el 21 de marzo de 2004 por 4.500 € al primer demandado, quien era un concesionario de automóviles usados.

En el contrato de venta, se escribió a mano "201.000 km" debajo del texto preformulado "Kilometraje total según la información proporcionada por el propietario anterior". Esto correspondía al kilometraje mostrado en el velocímetro en el momento de la celebración del contrato. El propietario original y el primer demandado, que había estado registrado como propietario desde el 16 de febrero de 2004, eran los únicos propietarios aparentes en el documento de registro del vehículo. Sin embargo, este último adquirió el vehículo a través del segundo demandado, un intermediario, y a su vez, el intermediario lo adquirió de un propietario anterior que no estaba registrado en el documento de matriculación del vehículo. El demandante no fue informado de estas circunstancias al momento de la compra.

El demandante condujo el automóvil durante 21.000 km y lo vendió en noviembre de 2006 por 1.500 €. Argumenta que los demandados deberían haberle informado sobre la compra del vehículo

a un intermediario no especificado. En ese caso, no habría confiado en el kilometraje de 201.000 km indicado en el cuentakilómetros y, por lo tanto, no habría comprado el vehículo. El kilometraje real del automóvil en el momento de la compra era de más de 340.000 km.

El demandante solicita una indemnización de 7.009,39 €, que incluye el reembolso del precio de compra, los gastos de reparación menos el producto de la venta y el pago de las prestaciones dispuestas, más intereses.

Inicialmente, el Tribunal de Distrito rechazó la demanda, pero en respuesta al recurso del demandante, la Audiencia Nacional otorgó la demanda por un monto de 6.754,24 € más intereses. Posteriormente, se rechazó el nuevo recurso presentado. Los demandados, mediante los recursos admitidos por la Corte de Apelaciones, buscan revertir la sentencia de primera instancia y obtener su restitución; sin embargo, las apelaciones de los demandados resultaron ser infructuosas puesto que el Tribunal Federal de Justicia convalidó la sentencia original del a quo.

La Corte de Apelaciones fundamentó su decisión de la siguiente manera en relación al procedimiento de apelación:

El segundo demandado está obligado a pagar daños y perjuicios al demandante por *culpa in contrahendo* (artículo 280 inciso 1[967] en conjunción con el artículo 311 inciso 2 del Código Civil alemán[968]).

967 BGB § 280: (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.

968 BGB § 311: "(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,

Esto se debe a que no proporcionó detalles sobre los dos demandados durante las negociaciones del contrato ni en el documento de registro del vehículo, donde figuraba un propietario anterior llamado "A." La responsabilidad del segundo demandado se basa en la llamada responsabilidad del tutor.

Como vendedor de automóviles usados, el segundo demandado tiene la obligación, en el marco de una relación contractual, de notificar al comprador, sin ser preguntado, cualquier defecto importante que conozca y que no sea evidente para el comprador (Sección 311(3) del Código Civil alemán[969]). La falta de información sobre uno de los propietarios anteriores que no aparece en el documento de matriculación del vehículo tiene un efecto negativo en el valor del automóvil y en la decisión de compra del interesado. El segundo demandado incumplió deliberadamente esta obligación de información, lo cual causó el daño reclamado por el demandante.

El primer demandado también es responsable de la cantidad reclamada, ya que debe aceptar la culpa del segundo demandado como su agente indirecto y es solidariamente responsable con él (Sección 278 del Código Civil alemán[970]).

La evaluación realizada por la Corte de Apelaciones se mantiene dentro de los límites de la revisión legal, por lo que el Tribunal Federal

---

2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
3. Contactos similares de tipo negocial.
(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato."

969 BGB §311.III.

970 BGB § 278: Responsabilidad del deudor frente a terceros: El deudor es responsable de la culpa de su representante legal, y de las personas de cuyos servicios recurre para cumplir con su obligación, en la misma medida en que es responsable de la culpa de su parte. No se aplica lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 276.

rechaza las revisiones presentadas. En cuanto a la admisibilidad de las revisiones, el Tribunal de Apelaciones limitó las revisiones al motivo de la pretensión de daños y perjuicios alegada por el demandante. Esto se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia. El tribunal desestimó los recursos en relación con la cuestión de la *culpa in contrahendo* y la obligación del vendedor de automóviles usados de revelar información sobre propietarios anteriores no registrados. Estas cuestiones se refieren únicamente al fundamento de la demanda y pueden restringirse en la admisión a apelación según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia.

El tribunal de apelaciones determinó que los demandados son solidariamente responsables de pagar daños y perjuicios al demandante, ya que no proporcionaron información sobre un intermediario desconocido durante las negociaciones del contrato. La obligación de informar durante las negociaciones contractuales se basa en la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia. Además, el tribunal consideró que la falta de aclaración fue la causa del daño sufrido por el demandante. También se afirmó que una exclusión de responsabilidad acordada contractualmente era inválida debido a la falta de aclaración intencional. Las revisiones presentadas contra estas conclusiones fueron consideradas infundadas. El Tribunal Federal convalidó la sentencia del a quo.

b) Análisis del Caso

Ahora bien, analizaremos este caso tanto bajo la teoría del *misrepresentation* como bajo la doctrina de la *culpa in contrahendo* (CIC):

a. Análisis bajo *Misrepresentation*:
    1. Aseveración Fáctica Falsa: La aseveración de que el kilometraje del vehículo era de 201.000 km, cuando en

realidad era superior a 340.000 km, se considera una aseveración falsa.[971]

2. Fraude o Engaño: El hecho de que el primer demandado y el intermediario no revelaran la existencia de un propietario anterior no registrado en el documento de matriculación podría interpretarse como un engaño o fraude.
3. Confianza en la aseveración: El demandante confió en la aseveración del kilometraje y en la información proporcionada sobre los propietarios anteriores del vehículo al momento de la compra.
4. Justificación de la confianza: La confianza del demandante era justificada, ya que normalmente se espera que los detalles proporcionados sobre un vehículo sean precisos y completos.

b. Análisis bajo CIC:

1. Deber de Informar (CIC): Bajo la CIC, se establece un deber de informar durante las etapas precontractuales. Los demandados tenían la obligación de revelar cualquier información significativa que pudiera afectar la decisión de compra del demandante, incluyendo el kilometraje real del vehículo y la existencia de un intermediario.
2. Incumplimiento del Deber de Informar: Los demandados no cumplen con este deber al no revelar la información completa y precisa sobre el historial del vehículo.
3. Daño Resultante del Incumplimiento: El demandante sufrió un daño económico como resultado de este incumplimiento,

971 Moura Vicente menciona la "prestación de informaciones falsas o inexactas", que se traduce como "provisión de información falsa o inexacta". (Moura Vicente, D. (2009). La Formación De Los Contratos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado, Núm. LXI-2*, p. 255).

ya que pagó un precio basado en información falsa y posteriormente vendió el vehículo a un precio menor.

c. Conclusión:

Tanto bajo la teoría de *misrepresentation* como bajo la CIC, llegamos a la conclusión de que los demandados incurrieron en una falta al no proporcionar información completa y precisa sobre el vehículo. Bajo *misrepresentation*, esto se interpreta como una aseveración falsa que llevó a un daño al demandante. Bajo la CIC, la falta de cumplimiento del deber de cuidado e información durante la fase precontractual resultó en daños compensables. En ambos enfoques, el demandante confió en la información proporcionada y sufrió daños como resultado de las acciones de los demandados.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una reclamación por tergiversación relacionada con la venta de un automóvil usado puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el vendedor tergiversó intencionalmente el kilometraje del vehículo con la intención de defraudar al comprador.

Varias de las autoridades encontradas son relevantes para nuestra investigación, ya que abordan reclamos de tergiversación relacionados con la venta de un automóvil usado. Por ejemplo, *Decos v. Jojo Motors, Inc.*,[972] 01 C 6646 (N.D. Ill. Apr. 17, 2002),[973] y *Terry v.*

---

972 Seguido por *Decos v. Jojo Motors, Inc.*, 01 C 6646 (N.D. Ill. Apr. 17, 2002; *Citibank (North Dakota) N.A. v. Spatafora*, U.S.B.C. No. 99 B 12196, U.S.D.C. No. 00 CV 3890 (N.D. Ill. Aug. 19, 2002).

973 Decos presentó una demanda de tres cargos contra Jojo Motors y Teteola Lapite, alegando violaciones de la Ley Federal de Odómetros, el Código de Vehículos de Illinois y la Ley de Veracidad en los Préstamos. Jojo Motors había comprado un Dodge Intrepid de 1994 en una subasta, que tenía problemas de cableado que impedían que el odómetro funcionara correctamente. A pesar de saber esto, Jojo y Lapite certificaron el kilometraje como 138,411 en el contrato de pago a plazos cuando vendieron el automóvil a Decos. Decos no fue notificado de la discrepancia,

Whitlock,[974] 102 F. Supp. 2d 661 (W.D. Va. 2000).[975] En ambos casos se trata de reclamaciones de que el vendedor tergiversó el kilometraje del vehículo al comprador. En ambos casos, el tribunal determinó que el hecho de que el vendedor no revelara información precisa sobre el kilometraje constituía un fraude.

La importancia de la intención de defraudar se enfatiza en *Ioffe v. Skokie Motor Sales*, Inc., 414 F.3d 708 (7th Cir. 2005),[976] que analiza

---

ni se le entregó una copia del certificado de título. El hecho de que Jojo y Lapite no respondieran a las solicitudes de admisión dio lugar a que se consideraran admitidos hechos clave, y el tribunal concedió la moción de Decos para un juicio sumario sobre la base de las tres leyes antes mencionadas.

974 Seguido por *Terry v. Whitlock*, 102 F. Supp. 2d 661 (W.D. Va. 2000; *Cartagena-Cordero v. Five Star Cars, LLC*, No. 3:19-cv-1728 (SRU) (D. Conn. Oct. 6, 2020); *Shaghoian v. Aghajani*, 228 F. Supp. 2d 1107 (C.D. Cal. 2002); *Compton v. Altavista Motors, Inc.*, 121 F. Supp. 2d 932 (W.D. Va. 2000); *Quinn v. Cherry Lane Auto Plaza*, 153 Wn. App. 710 (Wash. Ct. App. 2009).

975 April Terry presentó una demanda contra Bobby D. Whitlock, alegando que había violado la Ley Federal de Odómetros, la Ley de Protección al Consumidor de Virginia y la Ley de Veracidad en los Préstamos (TILA). Terry sostuvo que Whitlock había falseado el kilometraje de un Ford Escort que ella había comprado. Según la Orden del Comprador, el kilometraje era de 76,980, pero el kilometraje real era de alrededor de 176,000.
Whitlock argumentó que no se había dado cuenta de que el kilometraje del vehículo era mayor de lo que se había anotado en la Orden del Comprador. Sin embargo, el tribunal consideró que Whitlock tenía un conocimiento constructivo de la discrepancia. Además, Terry alegó que Whitlock había violado la TILA al no hacer "divulgaciones materiales" como lo exigen la ley y la Regulación Z. Finalmente, el tribunal concedió la moción de Terry para un juicio sumario sobre la Ley Federal de Odómetros y los reclamos de TILA.

976 Seguido por *Yarbrough v. Sales, Inc.*, No. 02 C 7196 (N.D. Ill. Jan. 18, 2006); *Palmer V. Web Industries Inc.*, No. CV 04-2362-PCT-SMM (D. Ariz. Jan. 8, 2007); Vang V. Reda Auto Port, No. 04 C 4227 (N.D. Ill. Sep. 20, 2005); *Austin v. Stokes-Craven Holding Corp.*, 387 S.C. 22 (S.C. 2010); *Ioffe v. Skokie Motor Sales*, 546 U.S. 1214 (2006); *Bria Health Servs., LLC v. Eagleson*, 950 F.3d 378 (7th Cir. 2020); *United States v. Spears*, 697 F.3d 592 (7th Cir. 2013); *Exelon Generation Co. v. Local 15*, Int'l Bhd. of Elec. Workers, AFL–CIO, 676 F.3d 566 (7th Cir. 2012); *U.S. v. Lafaive*, 618 F.3d 613 (7th Cir. 2010); *Perry v. First Nat. Bank*, 459 F.3d 816 (7th Cir. 2006); *Owens v. Samkle Automotive Inc.*, 425 F.3d 1318 (11th Cir. 2005); *Sec. & Exch. Comm'n v. Lupo Sec.*, 21-cv-4027 (N.D. Ill. Jan. 9, 2023); *Garcia v. Volkswagen Grp. of Am.*, Civil Action 1:19-cv-331 (E.D. Va. July 7, 2022); *Holder v. Statement Auto Sales*, 19 CV 1159 (MKB)(RML) (E.D.N.Y. Feb. 18, 2020); *Moxey v. Jimmy Auto Sale LLC*, Civil Action No. 17-4731 (ES) (JAD) (D.N.J.

la Ley Federal del Odómetro y el requisito de que el cedente revele el kilometraje del vehículo al cesionario por escrito en el título. El tribunal determinó que la Ley crea un derecho privado de acción contra una persona que no lo hace con la intención de defraudar.[977]

El caso de *Mayline Enterprises, Inc. v. Milea Truck Sales Corp.*, 641 F. Supp. 2d 304 (S.D.N.Y. 2009)[978] también es relevante, ya que

---

Mar. 28, 2019); *Ricci v. Rohr-Max Inc.*, No. 15 C 6100 (N.D. Ill. Mar. 31, 2017); *Janero v. Norfolk S. Ry. Co.*, CAUSE NO.: 1:13-CV-155-TLS (N.D. Ind. Mar. 15, 2017); *United States v. Navistar Int'l Corp.*, 240 F. Supp. 3d 789 (N.D. Ill. 2017); *Raziev v. Compass Truck Sales, LLC*, No. 13 C 00737 (N.D. Ill. June 7, 2016); *Pyatkova v. Sylena Motorcars*, Civil Action No. 2:15-CV-3263-SDW-SCM (D.N.J. Feb. 2, 2016); *Baxter v. Kawasaki Motors Corp.*, 911 F. Supp. 2d 683 (N.D. Ill. 2012); *Mulderink v. RSB Enters., Inc.*, No. 10 C 7978 (N.D. Ill. Aug. 2, 2012); *Sterk v. Redbox Automated Retail, LLC*, 806 F. Supp. 2d 1059 (N.D. Ill. 2011); *Koorndyk v. Midway Motor Sales, Inc.*, No. 1:04-cv-333 (W.D. Mich. Aug. 31, 2006); *Harris v. Fletcher Chrysler Products, Inc.* (S.D.Ind. 2006), 458 F. Supp. 2d 748 (S.D. Ind. 2006); *United States v. Abu Marzook*, 412 F. Supp. 2d 913 (N.D. Ill. 2006); *Barrett v. Brian Bemis Auto World*, No. 04 C 50149 (N.D. Ill. Jan. 17, 2006); *Clevenger v. Bolingbrook Chevrolet, Inc.*, 401 F. Supp. 2d 878 (N.D. Ill. 2005); Dull V. Arch, No. 05 C 140 (N.D. Ill. July 27, 2005); *In Matter of Consolidated Industries Corp.*, No. 98-40533 (Bankr. N.D. Ind. June 19, 2006); *Arellano v. Department of Human Services*, 402 Ill. App. 3d 665 (Ill. App. Ct. 2010); *Hunt v. Mazaharirvesh*, No. A06-2134 (Minn. Ct. App. Dec. 24, 2007); entre otros.

977 En el Caso No. 04-3083, *Ioffe v. Skokie Motor Sales, Inc.*, Garry Ioffe demandó a Sherman Dodge por violar la Ley Federal de Odómetros. Ioffe alegó que Sherman Dodge no había revelado que el automóvil que compró había sido reconstruido y que no le habían mostrado el título del automóvil. Sin embargo, el tribunal de distrito otorgó un juicio sumario a favor de Sherman Dodge, dictaminando que la Ley del Odómetro requiere prueba de la intención de defraudar con respecto al millaje. Ioffe apeló, pero el Tribunal de Apelaciones confirmó el fallo del tribunal de distrito, haciendo hincapié en que la Ley del Odómetro sólo crea un derecho privado de acción cuando la intención fraudulenta del cedente está relacionada con el cuentakilómetros o el kilometraje de un vehículo.

978 Seguido por *Tianbo Huang v. iTV Media, Inc.*, 79 F. Supp. 3d 458 (E.D.N.Y. 2015); *Tradeshift, Inc. v. Smucker Servs. Co.*, 20-cv-3661 (MKV) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2021); *Pyskaty v. Wide World of Cars, LLC*, 15 Civ. 1600 (JCM) (S.D.N.Y. Feb. 23, 2016); *Leviton Mfg. Co. v. Reeve*, 942 F. Supp. 2d 244 (E.D.N.Y. 2013); *Leonard v. Abbott Labs., Inc.*, 10-CV-4676(ADS)(WDW) (E.D.N.Y. Mar. 5, 2012); *Pyskaty v. Wide World of Cars, LLC*, 856 F.3d 216 (2d Cir. 2017); *Shanchun Yu v. Diguojiaoyu, Inc.*, 18-CV-7303 (JMF) (OTW) (S.D.N.Y. Sep. 30, 2022); *Sothebys, Inc. v. Thut*, Civil Action 21 Civ. 6574 (LJL) (SLC) (S.D.N.Y. July 28, 2022); *Kaplin v. Buendia*, 15 Civ. 649 (PAC) (S.D.N.Y. Apr. 14, 2021); *Rogers v. Brooks*, 8:18-cv-986 (GLS/DJS) (N.D.N.Y. Apr. 17, 2019); *Bueno v. LR Credit*

analiza una situación en la que el odómetro del vehículo fue alterado intencionalmente para tergiversar el kilometraje del vehículo. El tribunal declaró al vendedor responsable de los daños y perjuicios, a pesar de que el demandado alegó que el demandante no había sufrido daños reales.[979]

Por otra parte, tenemos el caso *Taylor v. Gorilla Capital, Inc.*, No. 6:18-cv-648-MC (D. Or. Oct. 23, 2018), donde los demandantes David y Debra Taylor alegaron que los demandados cometieron fraude en relación con un préstamo que recibieron los Taylor.[980] Este caso

---

18, *LLC*, 269 F. Supp. 3d 16 (E.D.N.Y. 2017); *Bueno v. LR Credit 18, LLC*, 269 F. Supp. 3d 16 (E.D.N.Y. 2017); *Levi v. Commonwealth Land Title Ins. Co.*, 09 Civ. 8012 (SHS) (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013); *Carling v. Peters*, 10 Civ. 4573 (PAE) (HBP) (S.D.N.Y. Mar. 8, 2013); *Bristol Vill., Inc. v. La.-Pac. Corp.*, 916 F. Supp. 2d 357 (W.D.N.Y. 2013); *Bristol Vill., Inc. v. La.-Pac. Corp.*, No. 12-CV-263S (W.D.N.Y. Dec. 31, 2012); *Stein v. Northern Assurance Co. of America*, 09-CV-1029(TCP)(AKT) (E.D.N.Y. May 7, 2012); *Wood v. Maguire Auto. LLC*, 5:09-CV-0640 (GTS/GHL) (N.D.N.Y. Sep. 26, 2011); *Pasternak v. Dow Kim*, 275 F.R.D. 461 (S.D.N.Y. 2011); *Seymour v. Champs Auto Sales, Inc.*, No. 350063 (Mich. Ct. App. Nov. 19, 2020); *Dulcette Techs. LLC v. MTC Indus.*, 64 Misc. 3d 1231 (N.Y. Sup. Ct. 2019); *Looks Great Servs., Inc. v. Nat'l Grid Elec. Servs., LLC*, 2015 N.Y. Slip Op. 32651 (N.Y. Sup. Ct. 2015).

979 La demandante Mayline Enterprises, Inc. está demandando a la demandada Milea Truck Sales Corp. por presuntamente alterar el odómetro de un camión que vendieron a Mayline. El odómetro del camión marcaba 75,769 millas, pero el kilometraje real era de 176,167 millas. Después de descubrir la discrepancia, Mayline detuvo el pago del cheque del camión. Milea contrademandó por el saldo impago del precio de compra, pero el tribunal rechazó su moción para desestimar la Primera Causa de Acción. Mayline estuvo haciendo valer reclamos bajo varias leyes estatales y federales, así como por misrepresentación fraudulenta, misrepresentación negligente, incumplimiento de contrato, fraude, incumplimiento de garantía y "revocación de aceptación". El tribunal otorga un juicio sumario a Mayline sobre la Primera y Tercera Causa de Acción, pero desestima la Segunda Causa de Acción. El tribunal también desestima las reclamaciones de Mayline por daños punitivos, pero otorga un juicio sumario a favor de Mayline en otras cuatro causas de acción.

980 El hijo de los Taylor había estado involucrado en un negocio de financiamiento de automóviles con Jeremy Cruz, quien propuso el préstamo a los Taylor. El préstamo se negoció con John Helmick y Gorilla Capital, y se cerró en custodia. Los Taylor nunca proporcionaron una solicitud de préstamo o divulgaciones financieras, y el préstamo se basó únicamente en el valor de la garantía. Cuando los Taylor intentaron rescindir el préstamo, les dijeron que ya se había financiado. Los Taylor alegaron que los demandados omitieron hechos materiales sobre el alto riesgo del préstamo

también es de una jurisdicción diferente, pero es más reciente y no ha sido anulado ni revertido.

Por último, *Ransom v. Rohr-Gurnee Volkswagen*, No. 01 C 2137 (N.D. Ill. Oct. 22, 2001)[981] es pertinente porque analiza una demanda por tergiversación derivada de la venta de un automóvil y el análisis del tribunal de la responsabilidad del vendedor.

En general, las autoridades sugieren que una reclamación por tergiversación relacionada con la venta de un automóvil usado puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el vendedor tergiversó intencionalmente el kilometraje del vehículo con la intención de defraudar al comprador.

---

y que se basaba en el valor de la garantía, no en la capacidad de pago. Sin embargo, el tribunal desestimó la demanda por fraude debido a alegaciones insuficientes de un deber de divulgación o "verdades a medias" por parte de los acusados. El tribunal también determinó que los demandantes no podían alegar una confianza justificable en la falta de evaluación de los demandados sobre su capacidad para pagar el préstamo.

981 Ransom presentó una demanda de seis cargos contra Gurnee Volkswagen y VW Credit, Inc. (VCI). Ransom alega que Gurnee la engañó para que aceptara un automóvil menos costoso que el que había ordenado y pagado. Sus reclamaciones federales se basan en la Ley de Veracidad en los Préstamos (TILA), la Ley Magnuson-Moss y la Ley Federal del Odómetro. Además, Ransom también tiene reclamaciones de fraude bajo la ley estatal.
VCI presentó una moción para desestimar la denuncia de Ransom. El tribunal desestimó la demanda de TILA contra VCI, argumentando que los cesionarios no son responsables de las misrepresentaciones hechas por los vendedores de automóviles. También desestimó el reclamo de la Ley del Odómetro porque no había ninguna acusación de fraude en el odómetro.
El tribunal concedió la moción de consolidación de VCI y concedió parcialmente la moción de desestimación. Los cargos 1 y V fueron desestimados contra VCI, y el cargo IV fue desestimado contra ambos acusados. Por lo tanto, parece que el tribunal tomó una decisión parcial a favor de VCI, pero aún quedan algunos cargos pendientes en la demanda de Ransom.

6.3. Francia

A) Caso de las Acciones de Perfumería: Casación No. 76-13.587[982]

a) Antecedentes del Caso

El caso trata de una demanda en la cual las señoras Z adquirieron acciones de una sociedad de perfumería y solicitaron la cancelación de la cesión argumentando que había un encubrimiento de la transferencia de fondos y un fraude relacionado con la sobrevaloración de bienes y contratos. Sin embargo, el tribunal de primera instancia consideró que las partes actuaron sin fraude. El solicitante critica la sentencia argumentando que el juez debe pronunciarse dentro de los límites de las conclusiones de las partes y que el tribunal no investigó adecuadamente si la transacción involucraba acciones o un fondo de comercio. Se sostiene que el tribunal no proporcionó una fundamentación jurídica suficiente para su decisión.

La Corte de Casación menciona que la Corte de Apelaciones determinó que se trataba de una transacción de acciones y no de la venta de un fondo de comercio, basándose en la apreciación soberana de la intención común de las partes. La Corte critica la sentencia por negar la valoración sobre la posibilidad de la anulación de los contratos por fraude y por no indemnizar al comprador. Se menciona que el vendedor conocía la incapacidad del comprador para pagar el precio y se le acusa de ocultar esta información y utilizar documentos engañosos. Además, se argumenta que el vendedor incurrió en dolo incidental y que el incumplimiento de la deuda no puede resultar en intereses acumulados. Por investigar adecuadamente estas circunstancias, se considera que la decisión de la Corte de Apelaciones carece de fundamentos legales.

982 Tribunas de Casaciones, Sala Comercial, No. 76-13.587, 13/02/1979.

La Corte asimismo considera que la Corte de Apelaciones señaló que las señoras Z no habían sido engañadas en la operación de fondo de comercio, sino que habían actuado por ignorancia e inexperiencia. La Corte determinó que las señoras Z no eran víctimas de acciones constitutivas de fraude. Además, se establece que el acreedor tiene derecho a solicitar la capitalización de los intereses adeudados si no ha cometido ninguna falta en el retraso del pago. La Corte de Apelaciones justificó la solicitud de capitalización de las sumas adeudadas por parte de los acreedores. En consecuencia, se desestima el recurso contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de París.

Por otra parte, es interesante resaltar uno de los argumentos esgrimidos por la parte actora en el sentido de tratar de equiparar la CIC con el dolo incidental y el fraude, en el siguiente sentido:

> El Tribunal de Apelación, que se basó en motivos dudosos, privó a su decisión de fundamento jurídico y que, por otra parte, el fraude está constituido no sólo por maniobras positivas, sino también por simple diseño; que al advertir, por tanto, que el vendedor, que sabía que su comprador no podía pagar el precio, no le había informado de esta imposibilidad y había preferido echar una mano a una presentación engañosa de los documentos destinados al banco, el Tribunal de apelación, que debió investigar si estas circunstancias no eran constitutivas de una desgana deliberada, una vez más privó de fundamento jurídico a su decisión, que, por otra parte, el dolo incidental, es decir el dolo que no determinó el consentimiento de su víctima, constituye una "culpa en contrahendo" generadora de perjuicios; que al no investigar por lo tanto si el vendedor no había cometido tal falta cuando dejó inconsciente al comprador que no pudo cumplir con los plazos, la Corte de

> Apelaciones privó la decisión de fundamento legal, y luego, finalmente, que el acreedor por cuya culpa su deuda no pudo ser liquidada en su momento no puede manifestarse del anatocismo (Caso número 76-13.587).

Por lo tanto, la Corte de Casaciones sostiene que las accionantes no fueron víctimas de dolo o CIC sino de su propia inexperiencia, ad literam:

> Pero aguardaba en primer lugar esa sentencia, señalar que las señoras Z habían participado en la operación de fondo de comercio antes de las cesiones litigiosas; que habían subestimado las dificultades que debían enfrentar; que habían actuado por ignorancia e inexperiencia, pero no habían sido engañadas; que, en el estado de estas determinaciones, la Corte de Apelaciones pudo decidir, sin fundarse en motivo dudoso, que las señoras Z no habían sido víctimas de acciones constitutivas de dolo. (Caso número 76-13.587).

Es de resaltar que la Corte valoró los argumentos de la parte recurrente en el sentido de tratar de impugnar la resolución de primera instancia (*a quo*) en función de un presunto error en la valoración de la resolución de la Corte de Apelaciones (*ad quem*) tratando de equipar el dolo y hasta el fraude con la CIC; sin embargo, la Corte de Casaciones confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones en el sentido de concluir que las partes concurrentes no habían sido víctimas de dolo incidental sino de su propia inexperiencia.

b) Análisis del Caso

En este caso, se puede realizar una comparación entre el concepto de *misrepresentation* y la *culpa in contrahendo* (CIC) en el derecho continental de la siguiente forma:

a. *Misrepresentation*:
    1. Aseveración Falsa: Las señoras Z podrían argumentar que se les hizo una afirmación falsa o engañosa respecto a la naturaleza de la transacción (acciones o fondo de comercio) y la valoración de los bienes.
    2. Naturaleza Fraudulenta: Podría alegarse que hubo una intención de engañar[983] por parte del vendedor al ocultar información relevante o al presentar una información engañosa.
    3. Confianza Justificada: Las señoras Z confiaron en la información proporcionada y en la presentación de la transacción, lo cual fue un factor en su decisión de compra.
    4. Relación Causal: Esta confianza llevó a las señoras Z a realizar la compra, lo que resultó en daños.

b. *Culpa in contrahendo* (CIC) (Derecho Continental).
    1. Deber de Cuidado o Informar: Podría argumentarse que existía un deber implícito de actuar de buena fe y de proporcionar información relevante y precisa durante las negociaciones, lo cual no se cumplió.
    2. Ruptura Maliciosa de Negociaciones: Aunque no aplicable directamente en este caso, la falta de información adecuada podría interpretarse como una ruptura de la buena fe en las negociaciones.
    3. Daño Causal: Las señoras Z sufrieron daños como resultado de esta falta de información o información engañosa.

983 Siber aborda en detalle el concepto de "Scheingeschäft" o "transacción simulada". Este término se refiere a una transacción que no es genuina, y que en cambio se realiza para engañar a alguien. (Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung, p.

c. Comparación y Convergencia

Ambos conceptos (*misrepresentation* y CIC) se centran en la importancia de la información precisa y completa durante las negociaciones precontractuales. En este caso, tanto bajo el enfoque de *misrepresentation* como de CIC, se podría llegar a la conclusión de que las señoras Z fueron inducidas a un contrato basado en información incorrecta o incompleta, lo que resultó en daños.

d. Conclusión

A pesar de la inexperiencia de las señoras Z mencionada por la Corte de Casación, desde el punto de vista de *misrepresentation* y CIC, el enfoque central es si hubo una falta de información adecuada o engañosa que indujera a las señoras Z a realizar la transacción.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que, para establecer una alegación de tergiversación, los apelantes deben demostrar que fueron inducidos a error o engañados de alguna manera, y que se basaron en la tergiversación en detrimento de la misma. Sin embargo, las autoridades también sugieren que los recurrentes pueden tener dificultades si actuaron con ignorancia o inexperiencia, en lugar de ser engañados intencionalmente.

Las autoridades sugieren que los apelantes deben demostrar que fueron inducidos a error o engañados de alguna manera para poder establecer una alegación de tergiversación. En *Belle Pass Terminal v. Jolin, Inc.*, 800 So. 2d 762 (La. 2001),[984] la Corte discutió la anulación

984 Seguido por *NFT Grp. v. Elite Pools & Spas, LLC*, 353 So. 3d 395 (La. Ct. App. 2022); *Morton Bld. v. Redeeming*, 835 So. 2d 685 (La. Ct. App. 2002); *Wright v. La. Power Light*, 951 So. 2d 1058 (La. 2007); *Fla. Gas Transmission Co. v. Tex. Brine Co.*, 2022 CA 1234 (La. Ct. App. June 2, 2023); *Expert Oil & Gas, L.L.C. v. Mack Energy Co.*, 203 So. 3d 1080 (La. Ct. App. 2016); *Landry ex rel. Child v. Pediatric Servs. of Am., Inc.*, 189 So. 3d 540 (La. Ct. App. 2016); *Crowell v. Thibodeaux*, No. 2011 CA 2367 (La. Ct. App. Nov. 2, 2012); *Haney v. Davis*, 925 So. 2d 591 (La. Ct. App. 2006); *Stroscher v.*

de una sentencia obtenida mediante fraude o malas prácticas.[985] Estos casos sugieren que los apelantes deben demostrar que los

---

Stroscher, 845 So. 2d 518 (La. Ct. App. 2003); *Fla. Gas Transmission Co. v. Tex. Brine Co.*, 2022 CA 1298 (La. Ct. App. July 10, 2023); *Cochran v. Foreman*, 341 So. 3d 625 (La. Ct. App. 2022); *Landry v. Pediatric Servs. of Am., Inc.*, 350 So. 3d 873 (La. Ct. App. 2022); *Mosing v. Miller*, 332 So. 3d 724 (La. Ct. App. 2021); *In re Fogg*, 2019 CA 1238 (La. Ct. App. Aug. 31, 2020); *Alexander v. La., Dep't of Children & Family Servs.*, 249 So. 3d 95 (La. Ct. App. 2018); *In re C.L.*, No. 2015 CJ 0587 (La. Ct. App. Sep. 18, 2015); *M.P.W. v. L.P.W.*, 136 So. 3d 37 (La. Ct. App. 2013); *Midland Funding LLC v. Kelly*, No. 2011-CA-0659 (La. Ct. App. Mar. 16, 2012); *Short v. Chain*, No. 2010 CA 2218 (La. Ct. App. June 17, 2011); *Cadle Company v. Henson*, 45, 57 So. 3d 458 (La. Ct. App. 2011); *Johnson v. Cain*, 999 So. 2d 51 (La. Ct. App. 2008); *Minton v. Long's*, 977 So. 2d 310 (La. Ct. App. 2008); *Williams v. Williams*, 949 So. 2d 672 (La. Ct. App. 2007); *Mississippi Farm v. Bailey*, 818 So. 2d 214 (La. Ct. App. 2002); F&M *Mafco, Inc. v. Ocean Marine Contractors, LLC*, 434 F. Supp. 3d 428 (E.D. La. 2020); *Turner v. Busby*, 883 So. 2d 412 (La. 2004); *Elliott v. Elliott*, No. 22-789 (La. Ct. App. Oct. 18, 2023); *Fla. Gas Transmission Co. v. Tex. Brine Co.*, 2022 CA 1296 (La. Ct. App. June 2, 2023); *Robins v. Pirzadah*, 2022 CA 0844 (La. Ct. App. Apr. 14, 2023); *Pontchartrain Nat. Gas Sys. v. Tex. Brine Co.*, 2022 CA 0990 (La. Ct. App. Mar. 16, 2023); *Lejeune v. Fontenot*, No. 22-444 (La. Ct. App. Jan. 4, 2023); *Dregin v. Nutt*, No. 21-163 (La. Ct. App. Oct. 27, 2021); *CAG, LLC v. Watson*, 312 So. 3d 1109 (La. Ct. App. 2021); *Landry v. Pediatric Servs. of Am., Inc.*, 19-796 (La. Ct. App. Feb. 19, 2020); *Aguillard v. La. Coll.*, 270 So. 3d 781 (La. Ct. App. 2019); *Zavala v. Dover Constr. USA, LLC*, 249 So. 3d 24 (La. Ct. App. 2018); *First Bank & Tr. v. Sharp*, 243 So. 3d 16 (La. Ct. App. 2018); *Aguillard v. Chatman*, 239 So. 3d 300 (La. Ct. App. 2018); *Schiff v. Pollard*, 222 So. 3d 867 (La. Ct. App. 2017); entre otros.

985 El *Belle Pass Terminal v. Jolin, Inc.* gira en torno a una disputa sobre la venta de una terminal marítima y una instalación de atraque en LaFourche, Louisiana. Joe Blanchard inicialmente intentó vender las instalaciones a Milpark Drilling Fluids, Inc., pero cuando ese acuerdo fracasó, negoció con Elmo Pitre, Jr. para formar Belle Pass Terminal, Inc. y comprar las instalaciones. Sin embargo, el contrato de arrendamiento estipulaba que Blanchard no podía vender, ceder o transferir el contrato de arrendamiento sin el consentimiento de Caillouet Land Company. Después de la venta, Belle Pass tuvo problemas y las relaciones entre las partes se volvieron tensas. Blanchard y Jolin presentaron una demanda contra Belle Pass, Guidry, Pitre y Callais, que resultó en un fallo a favor de Jolin y Blanchard. Belle Pass se declaró en bancarrota y Blanchard ejecutó su hipoteca. Richard Guidry presentó entonces una demanda para anular la sentencia de 1992, pero el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelación rechazaron su moción. La Corte Suprema de Luisiana concedió el *certiorari* para revisar el caso y, en última instancia, revocó el fallo del tribunal inferior, devolviendo el caso para nuevos procedimientos. La decisión del tribunal discute la interpretación de lo que constituye un derecho legal y cómo Guidry se vio privado de un juicio justo debido a la colusión entre Blanchard y Pitre.

demandados los engañaron intencionalmente para prevalecer. Sin embargo, las autoridades también sugieren que los recurrentes pueden tener dificultades si actuaron con ignorancia o inexperiencia, en lugar de ser engañados intencionalmente.

Por ejemplo, en el caso *The Cherry Cmty. Org. v. Sellars*, 871 S.E.2d 706 (N.C. 2022),[986] el Tribunal consideró que los demandantes no fueron engañados en una transacción inmobiliaria, sino que actuaron por ignorancia e inexperiencia. Este caso sugiere que es posible que los apelantes no puedan establecer una reclamación de tergiversación si el Tribunal determina que no fueron engañados intencionalmente, sino que actuaron por ignorancia o inexperiencia.[987]

En *Ins. Distribution Consulting v. Freedom Equity Grp.*, 3:20-cv-96 (S.D. Tex. May 11, 2022),[988] la Corte analiza la doctrina del error

986 Seguido por *In re Hedgepeth*, No. COA23-226 (N.C. Ct. App. Nov. 7, 2023).

987 La Organización Comunitaria Cherry (CCO, por sus siglas en inglés) contrató a StoneHunt, LLC en 2004 para desarrollar unidades de vivienda asequible en terrenos propiedad de la CCO. StoneHunt no construyó las unidades como prometió, sino que vendió la mayor parte de la tierra a constructores residenciales a precio de mercado. La CCO presentó dos demandas separadas contra StoneHunt y varios demandados, alegando incumplimiento de contrato, violaciones de la Ley de Prácticas Comerciales Desleales y Engañosas de Carolina del Norte (UDTPA) y la Ley Uniforme de Transacciones Anulables (UVTA). Si bien el tribunal de primera instancia desestimó ambas demandas, el Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema revocaron estas decisiones. El Tribunal Supremo determinó que los demandados no eran compradores de buena fe de la propiedad y tenían conocimiento de actividades fraudulentas. En última instancia, el tribunal determinó que la transferencia de tierras por parte de StoneHunt a los demandados se realizó de manera fraudulenta y anulable, aunque no abordó el argumento de la CCO de que la violación de la UVTA por parte del demandado constituye una violación *per se* de la UDTPA.

988 El caso *Insurance Distribution Consulting (IDC) v. Freedom Equity Group (FEG)* gira sobre un acuerdo de conciliación. Las partes habían llegado a un acuerdo de conciliación mediado (MSA, por sus siglas en inglés) que, según ambas acordaron, era vinculante y ejecutable. El MSA estipulaba que las partes prepararían y ejecutarían documentos de conciliación más formales, pero que el MSA seguiría siendo definitivo. Surgió una disputa sobre si el acuerdo incluía la liberación de reclamaciones individuales por parte de Michael Jones, director de IDC. El asunto fue presentado al juez Andrew Edison, quien falló a favor de IDC. FEG presentó

unilateral subsanable, que puede ser aplicable a la reclamación por tergiversación en cuestión. En *In re Strong*, 356 B.R. 121 (Bankr. E.D. Pa. 2004),[989] se analiza la cuestión de si un prestatario fue inducido a error o engañado en una transacción de préstamo, que es análoga a la cuestión de si los recurrentes en nuestra investigación fueron inducidos a error en la venta de una empresa.[990]

---

entonces una moción de emergencia para rescindir o interpretar el acuerdo de conciliación, que fue denegada. FEG argumentó a favor de la rescisión basándose en la doctrina del error unilateral remediable, pero IDC respondió que FEG cometió un error de derecho, que no justifica una reparación equitativa. El caso también analiza las condiciones en las que un error puede justificar la rescisión de un contrato y, en última instancia, concluye que el error de FEG no justifica la rescisión. El tribunal falló en contra de FEG, citando la política que favorece el arreglo amistoso de las disputas.

989 Seguido por *In re Glauser*, 365 B.R. 531 (Bankr. E.D. Pa. 2007); *Yarney v. Wells Fargo Bank*, N.A., No. 3:09-cv-00050 (W.D. Va. Aug. 5, 2010); *Yarney v. Wells Fargo Bank*, N.A., No. 3:09-cv-00050 (W.D. Va. Aug. 5, 2010); *Yarney v. Wells Fargo Bank*, N.A., No. 3:09-cv-00050 (W.D. Va. Aug. 5, 2010); *Ebbighausen v. J.P. Morgan Chase Bank*, N.A., Civil No. 10-3120 (JRT/LIB) (D. Minn. Jan. 3, 2013); *Macheda v. Household Finance Realty Corp. of* N.Y, 1:04-CV-0325 (GTS/GJD) (N.D.N.Y. Jan. 15, 2009); In re Glauser, CIVIL ACTION No. 07-CV-1863-LDD (E.D. Pa. July 8, 2008); Peterson v. Spectra Financial, Inc., Civil No. 06-3796 (PAM/JSM) (D. Minn. Mar. 29, 2007); In re Strong, Bankruptcy No. 01-35854BIF, Adversary No. 02-626, No. 04-CV-4699 (E.D. Pa. June 20, 2005); *Larson v. Bayer* (*In re Bayer*), 521 B.R. 491 (Bankr. E.D. Pa. 2014); *Signature Bank v. Banayan* (*In re Banayan*), 468 B.R. 542 (Bankr. N.D.N.Y. 2012); *Lowenstein v. U.S. Bank*, N.A. (*In re Lowenstein*), 459 B.R. 877 (Bankr. E.D. Pa. 2011); *In re Partners Group Financial*, *LLC*, 394 B.R. 68 (Bankr. E.D. Pa. 2008); *Glenn v. Smith*, J-A04042-18 (Pa. Super. Ct. June 25, 2018); *Com. ex Rel. Corbett v. Snyder*, 977 A.2d 28 (Pa. Cmmw. Ct. 2009).

990 Este caso involucra el caso de bancarrota de Albert y Deborah Strong contra Option One Mortgage Corporation. Los demandantes afirman que una transacción de préstamo que realizaron con la Opción Uno violó varios estatutos federales y estatales, así como el derecho consuetudinario de Pensilvania. Buscan rechazar el reclamo garantizado que Option One ha presentado en su caso de bancarrota y buscan daños y perjuicios. La primera opción, por su parte, sostiene que su contrato de préstamo se ajustaba plenamente a todas las leyes pertinentes. Las reclamaciones de los demandantes en virtud de la ECOA y la Ley 6 fueron desestimadas, dejando cuatro cargos por juzgar. El juicio se centró en las afirmaciones de los demandantes de que el demandado se había aprovechado de ellos, así como en las disputas sobre honorarios y cargos. En última instancia, el tribunal determinó que los demandantes tuvieron una amplia oportunidad de revisar los términos del préstamo y hacer preguntas, pero no lo hicieron. Además, el tribunal determinó que el préstamo no

Los casos presentados ilustran claramente la diferencia en la aplicación legal de la *misrepresentation* con intención de defraudar, y la inexperiencia o ignorancia del accionante en el contexto de acciones legales.

B) Caso Crama: Casación N.º RG 21/00554[991]

a) Antecedentes del Caso

Veamos los antecedentes de hecho del caso para luego proceder a analizar la parte considerativa jurídica de la resolución en cuestión.

El Scop L'Abatoir de l'Aisne es un matadero ubicado en Francia. En junio de 2013, la empresa Labo Pharma llevó a cabo una reforma en los techos de su local, mediante la instalación de paneles y placas de Renopanel, obra que finalizó en julio de 2013.

En agosto de 2013, se observó que las placas se estaban despegando cerca de un horno, fenómeno que se agravó posteriormente. Labo Pharma ("Labo") presentó una reclamación a su aseguradora, la Mutua de Seguro Agrícola Regional del Nordeste (Crama du Nord Est, en Adelante "Crama"). La aseguradora pagó una indemnización de 280,220 € a la empresa Abatoir de l'Aisne. ("Abatoir").

Crama, al declararse subrogada en los derechos y acciones tanto de la sociedad l'Abbatoir de l'Aisne como de la sociedad Labo Pharma, demandó a la sociedad B-Hygienic Bvba ("Bvba") y a la sociedad Axa Bélgica ("Axa") ante el Tribunal de lo Mercantil de San Quintín para obtener, entre otras cosas, el pago solidario de estas sociedades en la cantidad de 280,220 €.

---

calificaba para el tratamiento de HOEPA y que el acusado no violó las disposiciones de divulgación. Sin embargo, el tribunal determinó que a los demandantes se les cobró de más por el seguro de título.

991 Tribunal de Casaciones de Francia, *Crama du Nord Est v. Axa Belgium, B-Hygienic Bvba*, Casación N.º RG 21/00554, N.º Portalis DBV4-V-B7F-H7LI, 2020.

El Tribunal de Comercio de Saint Quentin, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2020, declaró admisibles y fundadas las solicitudes de Crama.

Por su parte, la compañía de seguros Axa presentó un recurso contra la sentencia del 11 de enero de 2021. La empresa Bvba también presentó un recurso contra la sentencia el 3 de febrero de 2021. Ambos procedimientos fueron acumulados mediante un auto del 5 de octubre de 2021.

En sus últimas conclusiones del 1 de marzo de 2022, la sociedad Bvba, una empresa de derecho belga, solicita al Tribunal, como principal solicitud: Revocar la sentencia dictada por el Tribunal de Comercio de Saint-Quentin el 18 de diciembre de 2020 en la que se declararon admisibles y fundadas las solicitudes de Crama, y revocar la sentencia dictada por el tribunal comercial de Saint-Quentin el 18 de diciembre de 2020 en la que se afirmaba que la Crama du Nord Est se subroga en los derechos tanto de la empresa Abattoir de l'Aisne como de la empresa Labo Pharma.

En la misma alternativa, Bvba solicita: Declarar la ausencia total de prueba por parte de la Crama du Nord Est respecto a la cuantía y la relación de causalidad del daño supuestamente sufrido, y revocar la sentencia dictada en la que condenó in solidum a la empresa Bvba y a la empresa Axa a pagar Crama la cantidad de 280.220 €, dicha suma más los intereses a la tasa legal desde la fecha de presentación de la demanda, y resolver de nuevo el caso.

La empresa Bvba argumenta que el tribunal ha confundido la competencia judicial con la ley aplicable, que la competencia de los tribunales franceses nunca ha sido impugnada y que solo se discute la ley aplicable. En el presente caso, la acción se basa en un presunto incumplimiento por parte de Bvba de su obligación de información previa al contrato, y que se ha establecido que esta obligación de

asesoramiento previo al contrato es una obligación extracontractual de conformidad con el Reglamento Roma II. Además, el artículo 12 del mencionado reglamento[992] que se refiere a la "*culpa in contrahendo*" indica que la ley aplicable a dicho litigio es la ley que habría sido aplicable en caso de haberse concluido un contrato, lo que remite al artículo 4 del Reglamento Roma I que establece que, en caso de falta de elección de la ley aplicable, que es el caso en este asunto, se aplica la ley del país de residencia del vendedor, es decir, la ley belga. La empresa Bvba destaca que la acción de Crama que se considera subrogada en los derechos de la Abbatoir no puede considerarse delictual en el sentido de la jurisprudencia comunitaria, sino que se rige por los Reglamentos Roma I y II o, subsidiariamente, por la ley contractual.

La empresa Axa aclara que es la aseguradora de responsabilidad de la empresa Bvba. Indica que su asegurada recomendó a Abattoir realizar un estudio para su proyecto y le proporcionó los datos de contacto de la empresa Labo. Después de eso, la empresa Bvba no tuvo más contacto con Abattoir. La empresa Labo encargó placas y paneles a la empresa Bvba por un monto de 17,850 €, y los trabajos realizados por la empresa Labo fueron aceptados en julio de 2013. A

992 Reglamento (CE) núm 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L 199/40). 31 de Julio de 2007, sección 12: 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual nacida de tratos previos a la celebración de un contrato, independientemente de que el contrato haya sido efectivamente celebrado o no, será la ley que se aplique al contrato o que le hubiera sido aplicable si se hubiera celebrado. 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base del párrafo 1, será: (a) la ley del país en el que se produzca el daño, independientemente del país en el que haya ocurrido el hecho que dio lugar al daño e independientemente del país o países en los que ocurrieron las consecuencias indirectas de ese evento; o (b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que ocurre el hecho que dio lugar al daño, la ley de ese país; o (c) cuando se desprenda de todas las circunstancias del caso que la obligación extracontractual que surge de las transacciones anteriores a la celebración de un contrato está manifiestamente más estrechamente relacionada con un país distinto al indicado en las letras (a) y (b), la ley de ese otro país.

partir de agosto de 2013, se reportó que las placas se despegaban. Se llevó a cabo una pericia el 16 de diciembre de 2014, pero no se proporcionó ningún informe a la empresa Axa a pesar de su solicitud, por lo que se negó a participar en las siguientes etapas conciliatorias.

En cuanto a la prescripción, un tema a valorar por el Tribunal es el de determinar si la acción de Crama es de naturaleza extracontractual donde se aplicaría el artículo 4 del Convenio Roma II,[993] el cual establece que la ley aplicable a una obligación no contractual derivada de un hecho dañino es la del país donde ocurrió el daño, y como el daño ocurrió en Francia, se aplica la ley francesa.

Axa, sin embargo, añade que la ley francesa establece que la acción del comprador final contra el fabricante original es de naturaleza contractual, por lo tanto, la acción de Abbatoir en la cual la empresa Crama se subroga contra las empresas Bvba y Axa es de naturaleza contractual. En este caso, se acusa a la empresa Bvba de haber suministrado paneles totalmente inadecuados para altas temperaturas, lo cual constituye un vicio oculto, y esta acción debe presentarse de acuerdo con el artículo 1648 del código civil[994] en un plazo de 2 años a partir del descubrimiento del vicio.

La sociedad Bvba sostiene que, en calidad de simple fabricante de materiales, no está obligada a brindar asesoramiento más allá de poner a disposición las características de los materiales que vende.

---

993 Reglamento (CE) núm 864/2007 §4.1. 31 de Julio de 2007, artículo 4: "1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión."

994 CCF, artículo 1648 establece lo siguiente: "El vendedor está obligado por la garantía por defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina, o que disminuyan de tal manera este uso, que el comprador no la hubiera adquirido, o hubiera dado un menor precio si los hubiera conocido."

Afirma que nunca proporcionó información errónea a Labo o a la sociedad l'Abattoir sobre la naturaleza y calidad de los materiales, y nunca afirmó que sus paneles pudieran soportar temperaturas extremas. Indicó a la sociedad l'Abattoir la necesidad de realizar un estudio antes de cualquier trabajo, y de hecho, este estudio fue facturado por Labo. No tiene ninguna obligación de proporcionar información a l'Abattoir, con la cual no ha contratado. Labo es un profesional de la construcción que debería tener la competencia necesaria para evaluar la idoneidad o no de los materiales que se deben utilizar

El daño consistió en el desprendimiento de los revestimientos de acabado de los paneles y de las terminaciones de PVC enclavadas. La sociedad Crama no demuestra que los defectos estén cubiertos por la garantía prevista en el artículo 1792 del Código Civil.[995] Se trata de daños calificados por el anexo de las condiciones generales como daños a la construcción ocurridos después de la recepción, siendo el monto de la garantía el "costo total de la construcción sin exceder los 150,000 € por año de seguro, con una franquicia del 10% del monto de la indemnización del seguro, con un mínimo de 1219 € y un máximo de 3666 €". El costo de los trabajos realizados por la sociedad Labo ascendió a 67,348.21 € TTC, de los cuales se debe deducir la franquicia de 1219 €. Por lo tanto, la demanda basada en la subrogación solo es admisible hasta un monto de 66,129.21 €.

995 CCF artículo 1792: "El artículo 1792 del Código Civil francés establece lo siguiente: "Todo constructor de un edificio es responsable de los daños, incluso resultantes de un vicio del suelo, que comprometan la solidez del edificio o lo hagan impropio para el uso al que está destinado.
También es responsable de los daños que afecten la solidez de los elementos inseparables del suelo que estén destinados a permanecer en su lugar.
Esta responsabilidad tiene lugar, aunque los daños sean causados por un vicio del suelo existente antes de la construcción o por un caso fortuito."

Crama responde que la empresa Bvba visitó las instalaciones del matadero de l'Aisne y conocía el contexto en el que se instalarían los paneles. Afirma que esta empresa formuló recomendaciones y consejos inadecuados a l'Abattoir, asumiendo así su responsabilidad de acuerdo con los artículos 1240[996] del código civil, y subsidiariamente en virtud de otros artículos de dicho código. Alega que también ha incurrido en responsabilidad hacia la empresa Labo por proporcionar, conscientemente, materiales inadecuados. Por lo tanto, no se trata simplemente de un contrato de venta de materiales, sino de un incumplimiento de la obligación de asesoramiento que compromete su responsabilidad.

Crama estima que la acción no se basa en la garantía de vicios ocultos, no se destaca un defecto en el material utilizado para los trabajos, sino en el incumplimiento de la obligación de asesoramiento de la empresa Bvba en su deber de información y consejo hacia la sociedad l'Abattoir y la sociedad Labo. Por lo tanto, la prescripción del artículo 1648 del código[997] civil no es aplicable.

Crama replica que la empresa Bvba fue convocada a las operaciones de peritaje, que el informe se ha presentado en el debate y está sujeto a discusión por las partes, por lo que puede ser considerado por el juez. Las partes están de acuerdo sobre las causas del siniestro, es decir, la utilización de materiales suministrados por la empresa Bvba que son completamente inadecuados debido a la temperatura en la parte superior que supera los 70 °C. La empresa reconoció haber realizado una visita al lugar el 5 de abril de 2013,

996 Código Civil Francés (CCF), 2016, artículo 1240: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo."

997 CCF, artículo 1648 establece lo siguiente: "El vendedor está obligado por la garantía por defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina, o que disminuyan de tal manera este uso, que el comprador no la hubiera adquirido, o hubiera dado un menor precio si los hubiera conocido."

durante la cual pudo constatar la presencia de hornos que, por definición, generan altas temperaturas. A pesar de ello, recomendó la instalación de los paneles. El simple hecho de que un fabricante proporcione información errónea a un tercero sobre la naturaleza y calidad de los materiales que está dispuesto a comercializar compromete la responsabilidad de dicho fabricante.

De modo que Crama declara que la empresa Bvba ha incumplido su obligación de proporcionar información y asesoramiento, y ha incurrido en responsabilidad frente a l'Abbatoir, en virtud principalmente del artículo 1240 del código civil francés.[998]

En la demanda principal, el demandante había solicitado la cantidad de 280,220 € basado en la teoría de la CIC, aduciendo que los demandados Bvba había proporcionado información falsa a Labo al momento de la instalación de los paneles, por cuanto dichos paneles se cayeron del techo al mes de su instalación debido al calor que los hornos produjeron.

El Tribunal de Casación valoró este caso y sostuvo en su sentencia que la parte demandante no había podido demostrar que el demandado había actuado con *culpa in contrahendo*, es decir, no había podido demostrar que el demandado había maliciosamente desinformado a la parte demandante, ad literam:

> La Crama du Nord Est no demuestra que la empresa B-Hygiénic Bvba, fabricante de los paneles, haya proporcionado información errónea tanto a la empresa l'Abbatoir de l'Aisne como a la empresa Labo Pharma sobre la naturaleza y especificidad de los materiales que vendía. La ficha técnica del panel Rénopanel que produce

998 Código Civil Francés (CCF), 2016, artículo 1240: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo."

> menciona claramente una resistencia al fuego, pero también especifica que la temperatura no puede superar los 60 °C. Corresponde a la empresa Labo Pharma, que es un profesional de la construcción, asegurarse, dada la naturaleza de los trabajos encargados por l'Abbatoir de l'Aisne, de que el material que se instalaría fuera el adecuado para las necesidades de la empresa. (*Crama du Nord Est v. Axa Belgium*, p. 21).

De modo que la Corte, en su parte resolutiva toma en cuenta todos estos fundamentos de hecho y de derecho, pronunciándose en un fallo contradictorio, en última instancia, mediante su puesta a disposición en el archivo del tribunal, y decide que la ley francesa se aplica al litigio en lo que respecta a las demandas presentadas por la Crama du Nord Est contra la empresa B-Hygiénic Bvba y Axa Belgium.

Asimismo, revoca la sentencia impugnada, decidiendo de nuevo, afirmando que la demanda de la Crama du Nord Est sólo es admisible en virtud de la subrogación hasta un monto de 66,129.21 € (que es una quinta parte de lo demandado).

En cuanto al fondo del asunto, rechaza todas las demandas de la Crama du Nord Est dirigidas contra la empresa B-Hygiénic Bvba y la empresa Axa Belgium.

Condena a la Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Nord Est, conocida como Groupama, a pagar a la empresa B-Hygiénic Bvba la suma de 4,000 € en virtud del artículo 700 del código de procedimiento civil.[999] Condena a la Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Nord Est, conocida como

999 Código de Procedimiento Civil Francés (CPF). 2007, artículo 700: "La parte que haya obtenido una resolución favorable puede solicitar al tribunal que condene a la otra parte a pagarle una suma destinada a cubrir los gastos que no estén comprendidos en las costas."

Groupama, a pagar a la empresa Axia Belgium la suma de 3,000 € en virtud del artículo 700 del código de procedimiento civil.[1000]

Condena a la Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Nord Est, conocida como Groupama, al pago de todos los gastos procesales.

En conclusión, la Corte desestima la teoría de la CIC por cuanto sostiene que la parte demandante no ha podido demostrar que los demandados brindaron información incorrecta a la empresa afectada (Labo).

b) Análisis del Caso

En el *common law*, este asunto se hubiera asumido por medio del incumplimiento del contrato, ya que la parte demandada tiene la obligación implícita de proporcionar un servicio o un producto con las garantías de mercantibilidad, cuyo plazo prescriptorio es de 5 años también, de acuerdo al artículo 2224 del Código Civil Francés,[1001] que es el mismo plazo prescriptorio utilizado bajo la teoría de la CIC por responsabilidad precontractual (léase extracontractual), de acuerdo al artículo 2226 del Código Civil Francés.[1002]

Tres puntos interesantes a resaltar de esta sentencia, es que se equipara la CIC por responsabilidad precontractual con el tema de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la parte demandante en su afán de sacudirse del período prescriptorio de 2

1000 Código de Procedimiento Civil Francés (CPF). 2007, artículo 700: "La parte que haya obtenido una resolución favorable puede solicitar al tribunal que condene a la otra parte a pagarle una suma destinada a cubrir los gastos que no estén comprendidos en las costas."

1001 CCF § 2224: "las acciones personales o mobiliarias se prescriben después de cinco años a partir del día en que el titular del derecho tuvo conocimiento o debería haber tenido conocimiento de los hechos que le permitirían ejercer su derecho."

1002 CCF § 2226: "Las acciones en responsabilidad civil extracontractual se prescriben después de cinco años a partir del día en que la víctima tuvo conocimiento o debería haber tenido conocimiento de los hechos que le permitirían ejercer su acción.

años por vicios ocultos, se entretiene en la doctrina de la CIC (que tiene un período de 5 años); sin embargo, cayó en la trampa que la propia Corte valoró, en el sentido de no poder probar la malicia en la transferencia de información. El otro tema a destacar es que la obligación de proporcionar información y su consecuente doctrina es concomitante con la teoría de la tergiversación del *common law*. No obstante, ello, la tergiversación no es la doctrina adecuada para resolver este caso, sino la propia responsabilidad contractual y su incumpliendo (léase garantías implícitas de mercantibilidad). Con ello, la teoría de la CIC resulta ser una herramienta ineficaz e injusta.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que se puede presentar una demanda por tergiversación en el contexto de una instalación defectuosa, pero el resultado dependerá de los hechos específicos del caso. Es probable que las cuestiones clave incluyan si el vendedor incumplió una garantía, si el comprador fue un tercero beneficiario y si el vendedor hizo declaraciones falsas fraudulentas.

Varias de las autoridades abordan la cuestión de si se puede responsabilizar a un vendedor de una instalación defectuosa. Por ejemplo, en *Nationwide Agribusiness Ins. Co. v. Sma Elevator Constr. Inc.*, 816 F. Supp. 2d 631 (N.D. Iowa 2011),[1003] el tribunal

1003 Seguido por *Great Lakes Commc'n Corp. v. At&T Corp.*, 124 F. Supp. 3d 824 (N.D. Iowa 2015); *Eggerling v. Advanced Bionics, L.L.C.*, 958 F. Supp. 2d 1029 (N.D. Iowa 2013); *Merfeld v. Dometic Corp.*, 940 F.3d 1017 (8th Cir. 2019); *Herbst v. Givaudan Flavors Corp.*, No. C 17-4008-MWB (N.D. Iowa Dec. 21, 2018); *Briley v. U.S. United Barge Line, LLC*, No. 5:10-CV-00046-R (W.D. Ky. June 20, 2012); *Tucker v. Ethicon, Inc.*, 4:20-CV-1543 RLW (E.D. Mo. Sep. 1, 2021); *Reed v. Reichhold Liquidation, Inc.*, 1:18CV720 (M.D.N.C. Apr. 15, 2021); *Kelly v. Ethicon, Inc.*, No. 20-CV-2036-CJW-MAR (N.D. Iowa Aug. 7, 2020); *Willet v. Johnson & Johnson*, 465 F. Supp. 3d 895 (S.D. Iowa 2020); *LM Ins. Corp. v. Dubuque Barge & Fleeting Serv. Co.*, No. 17-CV-1035-MAR (N.D. Iowa Mar. 8, 2019); *Hirschbach Motor Lines, Inc. v. SmartTruck Undertray Sys., Inc.*, No. C17-1019-LTS (N.D. Iowa Jan. 3, 2018); *Specht v. Kubota Tractor Corp.*, No. 16-CV-1012-LRR (N.D. Iowa July 6, 2017); *City of Perry v. Procter & Gamble Co.*, 188 F. Supp. 3d 276 (S.D.N.Y. 2016); *Cmty. Voiceline, L.L.C. v. Great Lakes Commc'n Corp.*, No. C

analiza los elementos de una reclamación por incumplimiento de la garantía implícita, así como los elementos de una reclamación por incumplimiento de la garantía expresa.[1004] Esto sugiere que una demanda por tergiversación podría basarse en un incumplimiento de la garantía.

El caso del *Agriculture Dep't v. Appletree Mktg*, 485 Mich. 1 (Mich. 2010)[1005] también es pertinente, ya que en él se examina

---

12-4048-MWB (N.D. Iowa Jan. 31, 2014); *Catipovic v. Turley*, No. C 11-3074-MWB (N.D. Iowa Jan. 21, 2014); *Clasing v. Hormel Corp*., 993 F. Supp. 2d 960 (N.D. Iowa 2014); In re Accutane Litig., 235 N.J. 229 (N.J. 2018); *Cannon v. Bodensteiner Implement Co*., 903 N.W.2d 322 (Iowa 2017); *Des Moines Flying Serv., Inc. v. Aerial Servs. Inc*., 880 N.W.2d 212 (Iowa 2016); *Reilly Constr. Co. v. Bachelder, Inc*., 863 N.W.2d 302 (Iowa Ct. App. 2015).

1004 Este caso involucra una explosión e incendio en un elevador de granos en Alton, Iowa. El demandante, Nationwide Agribusiness Insurance Company, alega que la explosión fue causada por un cojinete de bloque de almohada sobrecalentado o caliente fabricado por Baldor Electric Company. Los demandados, SMA Elevator Construction Company, Schlagel, Inc. y Baldor Electric Company, han solicitado un juicio sumario sobre algunas o todas las reclamaciones en su contra. El caso analiza la historia procesal del caso, la inmunidad de SMA a las reclamaciones de productos y la aplicabilidad del Código de Iowa § 613.18 al caso. También aborda las definiciones de "producto" y "ensamblador" en lo que respecta al caso, y el razonamiento del tribunal para otorgar un juicio sumario a SMA sobre reclamos por defectos del producto. El caso analiza además las reclamaciones del demandante contra Baldor, incluidas las reclamaciones por defectos de advertencia o instrucción, las reclamaciones por defectos de diseño y las reclamaciones por defectos de fabricación. También aborda las reclamaciones del demandante contra Schlagel por defectos de instalación y negligencia general. El caso analiza la puntualidad de las reclamaciones del demandante, la aplicabilidad de la "regla de descubrimiento" y la "regla de entrega" en este caso, y los argumentos de los demandados para un juicio sumario sobre reclamos de incumplimiento de garantías implícitas y garantías expresas. Por último, el caso analiza los detalles de un contrato entre SMA y Midwest Farmers Cooperative, y la decisión del tribunal de conceder o denegar un juicio sumario sobre varias reclamaciones.

1005 Seguido por *Aroma Wines & Equip., Inc. v. Columbian Distribution Servs., Inc*., No. 148907 (Mich. June 17, 2015); *JP Morgan Chase Bank v. Jackson GR, Inc*., No. 311650 (Mich. Ct. App. July 15, 2014); *Morris v. Schnoor*, No. 315006 (Mich. Ct. App. May 29, 2014); *Darweesh v. King Auto Sales, Inc*., No. 305071 (Mich. Ct. App. Sep. 13, 2012); *Solek v. K&B Transp*., 21-cv-10442 (E.D. Mich. Sep. 21, 2021); *Gordon v. Urbahns*, No. 12-CV-13724 (E.D. Mich. Sep. 3, 2013); *D'Anna v. Furgal*, No. 320652 (Mich. Ct. App. Sep. 17, 2015); *Dep't of Transp. v. Wolverine Sign Works*, No. 316779 (Mich. Ct. App.

la disponibilidad de recursos acumulativos en virtud de dos leyes diferentes.[1006] Esto puede ser análogo a la cuestión de si la responsabilidad de Bvba (la demandada en el caso Crama bajo análisis) es contractual o extracontractual.

Nov. 4, 2014); *Kheder Homes at Charleston Park, Inc. v. Charleston Park Singh, LLC*, No. 307207 (Mich. Ct. App. Jan. 2, 2014); *Select Distrs. v. Breeze Smoke, LLC*, No. 20-12944 (E.D. Mich. Aug. 4, 2021); *Salamone v. Douglas Marine Corp.*, 1:19-cv-01213 (MAD/DJS) (N.D.N.Y. Dec. 15, 2020); *Crestmark Bank v. Electrolux Home Prods., Inc.*, 155 F. Supp. 3d 723 (E.D. Mich. 2016); *Lee v. Harris*, No. 12-cv-12763 (E.D. Mich. June 26, 2013); *General Retirement System v. Onyx Capital Advisors*, No. 10-CV-11941 (E.D. Mich. Sep. 29, 2011); *In Matter of Pixley*, No. 10-62556, Adv. No. 10-6665 (Bankr. E.D. Mich. Oct. 18, 2011); *Norman Yatooma & Associates, PC v. Cohen Lerner & Rabinovitz, PC*, No. 352299 (Mich. Ct. App. July 29, 2021); *Rave's Constr. v. Merrill*, No. 323908 (Mich. Ct. App. Jan. 7, 2016); *Windrush Inc. v. Vanpopering*, No. 315958 (Mich. Ct. App. Sep. 10, 2015); *RS ex rel. ES v. Ajlouny*, No. 301199 (Mich. Ct. App. Apr. 26, 2012); *Hagan v. Baird (In re B & P Baird Holdings, Inc.)*, No. 18-1129 (6th Cir. Jan. 8, 2019); *Hunt v. Hadden*, 665 F. App'x 435 (6th Cir. 2016); *Hantz Fin. Servs., Inc. v. Am. Int'l Specialty Lines Ins. Co.*, 664 F. App'x 452 (6th Cir. 2016); *DBI Invs., LLC v. Blavin*, 617 F. App'x 374 (6th Cir. 2015); *Hagan v. Baird (In re B&P Baird Holdings, Inc.)*, 591 F. App'x 434 (6th Cir. 2015); *Ria R Squared, Inc. v. McCown*, No. 21-12937 (E.D. Mich. June 30, 2023); *Hillman Power Co. v. On-Site Equip. Maint.*, 1:19-cv-11009 (E.D. Mich. Sep. 29, 2022); *Ultra Mfg. v. Williamston Prods.*, No. 21-12223 (E.D. Mich. Apr. 14, 2022); *Sadieboo, Inc. v. MJ Tools Corp.*, 526 F. Supp. 3d 285 (W.D. Mich. 2021); *Peterson v. N. Capital, Inc.*, No. 2:20-cv-11016 (E.D. Mich. Jan. 12, 2021); *Lee Contracting, Inc. v. Shore W. Mfg.*, No. 1:19-cv-831 (W.D. Mich. Oct. 22, 2020); *Prod. Sols. Int'l v. P.B. Prods., LLC*, Civil Action No. 19-CV-12790 (E.D. Mich. June 12, 2020); *Am. 1 Credit Union v. Puckett*, No. 19-11943 (E.D. Mich. May 31, 2020); *G&R Live, LLC v. Janese*, No. 19-cv-11632 (E.D. Mich. Jan. 16, 2020); *TSFR Burger, LLC v. Starboard Grp. of Great Lake, LLC*, No. 19-12060 (E.D. Mich. Oct. 30, 2019).

1006 En *Departamento de Agricultura v Appletree Marketing, LLC*, demandantes alegan que Appletree violó la Ley de Comercialización de Productos Agrícolas (ACMA) y que tanto Appletree como Steven Kropf cometieron una conversión legal y de derecho consuetudinario. El tribunal de primera instancia desestimó las reclamaciones de conversión de los demandantes, dictaminando que la ACMA proporcionaba los recursos exclusivos por la falta de remisión de los fondos de evaluación. Sin embargo, la Corte Suprema de Michigan finalmente dictaminó que la ACMA no reemplaza los recursos legales preexistentes ni deroga los recursos de derecho consuetudinario, y que el tribunal de primera instancia se equivocó al desestimar los reclamos de conversión de los demandantes contra Kropf. El caso fue remitido al Tribunal de Circuito de Kent para continuar con los procedimientos. La Corte Suprema de Michigan también aclaró que los demandantes pueden presentar reclamos para la conversión de derecho estatutario y consuetudinario, y que Kropf puede ser considerado responsable de cualquier agravio intencional que haya cometido.

Calvetti v. Antcliff, 346 F. Supp. 2d 92 (D.D.C. 2004)[1007] es relevante, ya que discute un reclamo de tergiversación y los elementos necesarios para establecer dicho reclamo en este contexto.[1008] De

1007 Seguido por *Sellers v. Anthem Life Ins. Co.*, Civil Action 16-2428 (TJK) (D.D.C. Feb. 22, 2022); *Middlebrooks v. Godwin Corp.*, 722 F. Supp. 2d 82 (D.D.C. 2010); *Zirintusa v. Whitaker*, 674 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2009); *Lemmons v. Georgetown Univ. Hosp*, 431 F. Supp. 2d 76 (D.D.C. 2006); Adams V. Hitt Contracting, Inc., Civil Action 04-1026 (HHK) (D.D.C. July 11, 2005); *Nat'l All. of Wound Care, Inc. v. Morgan*, 2020 IL App (3d) 190691 (Ill. App. Ct. 2020); *Arsanjani v. United States*, Civil Action 19-1746 (JEB) (D.D.C. May 3, 2023); *Shealayno'sun v. McCarthy*, No. 18-cv-0746 (APM) (D.D.C. Jan. 5, 2021); *Yudzon v. Sage Title Grp.*, Civil Action No. 18-2076 (TFH) (D.D.C. May 22, 2020); *Pinkett v. Dr. Leonard's Healthcare Corp.*, Civil Action No. 18-1656 (JEB) (D.D.C. Mar. 31, 2020); *Matute v. CNN Constr. Inc.*, 415 F. Supp. 3d 226 (D.D.C. 2019); *Sherrod v. McHugh*, 334 F. Supp. 3d 219 (D.D.C. 2018); *Hall v. S. River Restoration, Inc.*, 270 F. Supp. 3d 117 (D.D.C. 2017); *Klayman v. Judicial Watch, Inc.*, 255 F. Supp. 3d 161 (D.D.C. 2017); *Bradley v. Nat'l Collegiate Athletic Ass'n*, 249 F. Supp. 3d 149 (D.D.C. 2017); *Fletcher v. Arms*, Case: 1:16-cv-02168 (D.D.C. Oct. 28, 2016); *Benton v. Laborers' Joint Training Fund*, 121 F. Supp. 3d 41 (D.D.C. 2015); *Sec. & Exch. Comm'n v. e-Smart Techs., Inc.*, 85 F. Supp. 3d 300 (D.D.C. 2015); *JSC Transmashholding v. Miller*, 70 F. Supp. 3d 516 (D.D.C. 2014); *Doe v. De Amigos, LLC*, 987 F. Supp. 2d 12 (D.D.C. 2013); *Slinski v. Bank of Am., N.A.*, 981 F. Supp. 2d 19 (D.D.C. 2013); *Service Employees International Union Local 32BJ v. Diversified Services Group, Inc.*, 958 F. Supp. 2d 166 (D.D.C. 2013); *Embassy of the Fed. Republic of Nigeria v. Ugwuonye*, 297 F.R.D. 4 (D.D.C. 2013); *Cain v. Harris Teeter, Inc.*, 954 F. Supp. 2d 17 (D.D.C. 2013); *Embassy of the Fed. Republic of Nigeria v. Ugwuonye*, 945 F. Supp. 2d 81 (D.D.C. 2013); *DeLeon v. U.S. Airways, Inc.*, Civil Action No. 12-cv-0503 (RLW) (D.D.C. May 8, 2013); *Blake v. Securitas Sec. Servs., Inc.*, 292 F.R.D. 15 (D.D.C. 2013); *Sharma v. Dist. of Columbia*, 881 F. Supp. 2d 138 (D.D.C. 2012); *U.S. Sec. & Exch. Comm'n v. Brown*, 878 F. Supp. 2d 109 (D.D.C. 2012); *Slovinec v. Commc'n Workers of America*, 860 F. Supp. 2d 25 (D.D.C. 2012); *Hassan v. Holder*, 793 F. Supp. 2d 440 (D.D.C. 2011); *Edmond v. American Education Services*, Civil Action No. 10-0578 (JDB) (D.D.C. Oct. 28, 2010); *Lawson v. Pepco*, 721 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010); *Crowder v. Bierman, Geesing, & Ward LLC*, 713 F. Supp. 2d 6 (D.D.C. 2010); *The Cuneo Law Group, P.C. v. Joseph*, 669 F. Supp. 2d 99 (D.D.C. 2009); *In re Chocolate Confectionary Antitrust Litigation*, 602 F. Supp. 2d 538 (M.D. Pa. 2009).

1008 El caso discute dos mociones separadas para un juicio sumario presentadas por los acusados Charles Antcliff y David Antcliff en el caso de *Calvetti v. Antcliff*. Los demandantes, Fred y Barbara Calvetti, alegan que los demandados no completaron el trabajo de reparación en dos de sus propiedades en Washington, D.C. Los demandados argumentan que la demanda de los demandantes es legalmente insuficiente y que tienen derecho a un juicio sumario. El tribunal evalúa las mociones de juicio sumario de acuerdo con el derecho sustantivo de las reclamaciones en cuestión y considera si existe una cuestión genuina de hecho material. El tribunal también analiza la aplicabilidad de la CPPA (Consumer Protection Procedures Act) a los

la misma forma, en *John Rocchio Corp. v. Pare Eng'g Corp.*, 201 A.3d 316 (R.I. 2019)[1009] la Corte analiza los elementos de una demanda por negligencia,[1010] que pueden ser útiles para enmarcar una demanda por tergiversación.

Por otra parte, *Wal-Mart Stores, Inc. v. J.A. Fielden Co., Inc.*, 440 F. Supp. 2d 523 (W.D. Va. 2006)[1011] analiza la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto de un caso de defecto de construcción, y aborda cuestiones como el incumplimiento de la garantía, la condición de tercero beneficiario y

---

demandados y si están exentos de responsabilidad. Además, el tribunal aborda si los demandantes han establecido hechos para respaldar su reclamo de prácticas comerciales ilegales. En última instancia, el tribunal concede en parte y rechaza en parte ambas mociones de juicio sumario, y niega la moción de David Antcliff para anular el informe pericial de los demandantes. Sin embargo, el tribunal desestima la demanda por fraude de los demandantes, lo que también elimina la posibilidad de daños punitivos por la reclamación por incumplimiento de contrato.

1009 Seguido por *Kramer v. HTX Helicopters, LLC*, C. A. WC-2018-0491 (R.I. Super. June 12, 2023); *Am. Condo. Ass'n v. Mardo*, C.A. No. NC-2011-234 (R.I. Super. Sep. 5, 2019); *Doe v. Brown Univ.*, 253 A.3d 389 (R.I. 2021).

1010 John Rocchio Corporation (Rocchio) está apelando una sentencia final del Tribunal Superior que otorgó un juicio sumario a favor de Pare Engineering Corporation (Pare). Las reclamaciones de Rocchio contra Pare incluyen interferencia en las relaciones contractuales futuras, negligencia e incumplimiento de obligaciones contractuales como tercero beneficiario. La disputa surgió de un acuerdo entre la Autoridad de Alcantarillado de Warwick (WSA) y Pare para servicios de consultoría e ingeniería. Pare preparó solicitudes de propuestas (RFP, por sus siglas en inglés) para posibles contratistas generales, y cinco empresas presentaron ofertas. Rocchio fue el mejor postor, pero Pare recomendó descalificarlos por no incluir los formularios requeridos por la EPA. La junta de la WSA finalmente adjudicó el contrato a DiGregorio, Inc. El juez de la audiencia concedió la moción de Pare para un juicio sumario basado en la falta de evidencia de causalidad. El tribunal también distinguió el caso de *Forte*, en el que se basó el demandante, y determinó que el ingeniero no tenía ninguna obligación con el demandante y que el demandante no era un beneficiario previsto del contrato entre el ingeniero y la autoridad de alcantarillado.

1011 Seguido por Allstate Ins. Co. v. Structures Design/Build, LLC, Civil Action No. 7:15-CV-00354 (W.D. Va. Mar. 17, 2016); *Sutherlin v. Lowe's Home Ctrs., LLC*, Civil No. 3:14cv368 (DJN) (E.D. Va. Sep. 23, 2014); *Cutaia v. Radius Eng'g, Int'l, Inc.*, Civil Action No. 5:11cv00077 (W.D. Va. Oct. 1, 2013); *Rma Lumber, Inc. V. Pioneer Machinery*, LLC, CIVIL ACTION No. 6:08-cv-00023 (W.D. Va. Nov. 19, 2009).

el fraude constructivo.[1012] Esta autoridad es particularmente relevante, ya que aborda muchas de las cuestiones clave que probablemente surgirían en una demanda por tergiversación en el contexto de una instalación defectuosa.

Por último, *Pramco III, LLC v. Partners Trust Bank*, 16 Misc. 3d 351 (N.Y. Sup. Ct. 2007)[1013] analiza los elementos de una reclamación por incumplimiento de garantía, que pueden ser análogos a la cuestión de si la demandada Bvba incumplió una obligación contractual de proporcionar información precisa sobre los paneles.[1014]

1012 Wal-Mart contrató a tres compañías para la construcción de una propiedad comercial y un estacionamiento en Bonsack, Virginia. También se contrató a dos subcontratistas. Después de que las pendientes del estacionamiento se erosionaron, Wal-Mart demandó a las tres compañías y a los dos subcontratistas por varios reclamos, incluido el incumplimiento de contrato, el fraude constructivo y el incumplimiento de garantías expresas e implícitas. Los demandados presentaron mociones de desestimación, argumentando que algunas de las reclamaciones eran inapropiadas. El tribunal rechazó la mayoría de las mociones, pero desestimó la demanda por fraude constructivo y la reclamación de honorarios de abogados. El tribunal también discutió las implicaciones de la condición de tercero beneficiario de Wal-Mart y la aplicabilidad de la garantía implícita de idoneidad para el demandado Froehling Robertson (FR).

1013 *Kriegel v. Donelli*, 11 Civ. 9160 (ER) (S.D.N.Y. June 30, 2014); *CityPlace Retail, L.L.C. v. Wells Fargo Bank*, 457 F. Supp. 3d 1318 (S.D. Fla. 2020); *CityPlace Retail, LLC v. Wells Fargo Bank*, No. 18-CV-81689-ROSENBERG/REINHART (S.D. Fla. Aug. 7, 2019); *Indian Harbor Ins. Co. v. City of San Diego*, 972 F. Supp. 2d 634 (S.D.N.Y. 2013); *Pramco III, LLC v. Partners Trust Bank*, 52 A.D.3d 1224 (N.Y. App. Div. 2008); *Berit Realty, LLC v. Vortex Group, Inc.*, 2009 NY Slip Op 31677(U) (N.Y. Sup. Ct. 7/24/2009), 2009 N.Y. Slip Op. 31677 (N.Y. Sup. Ct. 2009).

1014 En el caso *Pramco III, LLC v. Partners Trust Bank*, el accionante Pramco está demandando por cuatro causas de acción. La moción de Pramco para un juicio sumario se centra en la cuarta causa de acción, la rescisión del acuerdo de venta de activos, y argumenta que Partners Trust Bank no divulgó información material relacionada con los préstamos. El banco responde que la información omitida no era importante ni necesaria. Sin embargo, el tribunal considera que el deber del banco de revelar información no está relacionado con la fiabilidad de la información. Además, el documento discute la materialidad del incumplimiento de la garantía, la cuestión de si el incumplimiento fue lo suficientemente sustancial como para frustrar el objetivo de las partes al celebrar el contrato y la disponibilidad de rescisión para Pramco. El documento también aborda la doctrina del decomiso y la posibilidad de añadir una reclamación por fraude en la inducción.

En general, las autoridades sugieren que se puede presentar una demanda por tergiversación en el contexto de una instalación defectuosa, pero el resultado dependerá de los hechos específicos del caso. Es probable que las cuestiones clave incluyan si el vendedor incumplió una garantía, si el comprador fue un tercero beneficiario y si el vendedor hizo declaraciones falsas fraudulentas.

C) Caso Depagne: Casación No. 78-15.230, 1978[1015]

a) Antecedentes del Caso

En este caso, la Asociación Argonne-Association confió a Depagne, la responsabilidad de realizar la reparación de una chimenea en una villa que poseía en provincia. Depagne envió un presupuesto elaborado por Zorzitto, que cotizaba los trabajos en 6.033 francos. La asociación solicitó una reducción del precio a 5.500 francos y acordó que los trabajos comenzaran lo antes posible. Sin embargo, posteriormente "anuló" su acuerdo y mencionó la posibilidad de que las reparaciones se realizaran de otra manera, de forma más económica, por otro contratista.

A pesar de esto, Zorzitto realizó las reparaciones de acuerdo con el presupuesto inicial y envió una factura de 5.500 francos a la asociación, la cual se negó a pagar. Zorzitto demandó a la asociación por el pago de esta suma, mientras que la asociación demandó a Depagne por daños y perjuicios y solicitó que sea condenado a garantizar la eventual condena a favor de Zorzitto.

El tribunal de primera instancia (a quo), en una sentencia del 5 de junio de 1973, admitió que, aunque el mandatario Depagne actuó fuera de los límites de su mandato, la asociación estaba obligada dentro de los límites de su enriquecimiento injusto y ordenó una pericia

1015 Tribunal de Casación, *Depagne v. Asociación Argonne-Association*, Casación No. 78-15.230, 1978. En adelante *Caso Depagne*.

para evaluar el empobrecimiento de Zorzitto y el enriquecimiento de la asociación. Después de la presentación del informe pericial, el tribunal condenó a la asociación a pagar 5.100 francos a Zorzitto y desestimó la demanda de la asociación contra Depagne. Esta decisión fue confirmada por la corte de apelaciones.

La parte demandada (la asociación) alega que los jueces de segunda instancia (*ad quem*) se equivocaron al insistir en que la sentencia anterior era cosa juzgada y que la única cuestión a considerar era si los trabajos habían empobrecido a Zorzitto y enriquecido a Argonne-Association. Se argumenta que la asociación estaba equivocada al intentar desechar la acción basada en el enriquecimiento sin causa, ya que se sostenía contradictoriamente que Zorzitto podía ejercer una acción contractual y una acción delictiva contra Depagne. Además, se argumenta que la asociación estaba obligada debido a un mandato aparente y se debe destacar la buena fe de Zorzitto en lugar de su falta de interés personal. Se sostiene que el mandatario que excede sus poderes es responsable ante el tercero tanto por *culpa in contrahendo* como por ser cocontratante. Se afirma que la Corte de Apelación violó varios artículos del Código Civil al afirmar lo contrario. También se argumenta que la acción de in rem X. solo es subsidiaria y que el artesano nunca afirmó que Depagne fuera el mandatario aparente del propietario de la villa. Además, el mandato aparente sólo existe si el tercero no está obligado a verificar los poderes del supuesto mandatario. Al admitir la acción de in rem X. sin explicar las condiciones y la aplicación de la teoría del mandato aparente, se argumenta que la Corte de Apelación violó los principios del enriquecimiento sin causa y distorsionó los términos de la controversia. También se alega que la falta de interés personal del empobrecido es una condición para el éxito de la acción de in rem X., y al decidir lo contrario, la Corte de Apelación violó los principios del enriquecimiento sin causa. Además, se afirma que el

experto se equivocó en su evaluación del empobrecimiento, pero no se proporcionan detalles adicionales.

Por su parte, la corte de apelaciones (*ad quem*) consideró que la única cuestión era determinar si los trabajos realizados habían enriquecido a Argonne-Association y empobrecido a Zorzitto, y justificó su decisión en base al informe pericial. Por lo tanto, se rechaza el primer medio de impugnación.

En cuanto al segundo medio de impugnación, se argumenta sobre los principios que rigen el enriquecimiento sin causa y el pago de intereses. Se sostiene que la sentencia impugnada no especificó que la condena al pago de intereses tenía como objetivo reparar el empobrecimiento de Zorzitto, lo que violaría dichos principios. Por lo tanto, se anula la sentencia en relación con el aplazamiento del punto de partida de los intereses legales y se devuelve el caso a la corte de apelaciones de Angers para su reconsideración.

En resumen, se anula parcialmente la sentencia impugnada en relación con el aplazamiento de los intereses legales y se devuelve el caso a la corte de apelaciones de Angers.

De modo que la Corte de Casaciones rechaza hacer uso de la teoría de la CIC. La parte demandada sostenía que el mandatario Depagne debería ser responsable por desinformación a la Asociación porque no le dijo que Zorzitto estaba detrás de estos trabajos. Específicamente la Asociación sostuvo:

> Por un lado, que el mandatario que, al exceder los poderes que se le otorgan, celebra un contrato con un tercero, es responsable ante ese tercero no sólo como autor de la *culpa in contrahendo* al hacerle creer al tercero que está contratando en nombre de otro, sino también como cocontratante, ya que, al exceder sus poderes, está

> actuando en su propio nombre. (*Depagne v. Asociación Argonne-Association*).

De esta forma, el Tribunal de Casaciones sostiene que hubo enriquecimiento injusto de parte de la Asociación por cuanto Zorzitto fue inducido a actuar por parte de Depagne. La Corte utilizó la teoría del enriquecimiento injusto, y no la de la CIC.

b) Análisis del Caso

En resumen, la Corte de Casación utilizó la teoría del enriquecimiento injusto para determinar la responsabilidad de la Asociación, sin aplicar la teoría de *culpa in contrahendo* o considerar el mandato aparente de Depagne, lo cual es un enfoque interesante en cuanto a la responsabilidad en casos de mandato y representación. Top of Form

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

La presente investigación inquiere sobre alguna posible causa de acción disponible para Zorzito contra la Asociación por negarse a pagar por el trabajo de la chimenea. Con base en los casos encontrados, Zorzito puede tener reclamos por incumplimiento de contrato, enriquecimiento injusto y/o ejecución hipotecaria de un gravamen.

Los casos de *Lewistown Miller Constr. Co. v. Martin*,[1016] 363 Mont.

1016 Este caso analiza una disputa entre Lewistown Miller Construction Co. (LMCC) y Gary Martin sobre un contrato de construcción. Martin había contratado a Baywood Homes para que diseñara una vivienda para él, y LMCC fue uno de los tres contratistas que presentaron una oferta. Después de que se aceptó la oferta de LMCC, las dos partes celebraron un contrato por escrito que incluía asignaciones para ciertos artículos y requería que cualquier cambio se hiciera por escrito. Sin embargo, Martin hizo muchas solicitudes de cambios que no se pusieron por escrito, lo que llevó a un desacuerdo sobre si el contrato cambió a un contrato de "tiempo y materiales" o siguió siendo un contrato de precio firme. LMCC presentó un gravamen de construcción sobre la propiedad de Martin y demandó por incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto, mientras que Martin contrademandó por

208 (Mont. 2011)[1017] y *Bloedorn Lumber Co. of N. Platte v. Nielson*,[1018] 300 Neb. 722 (Neb. 2018)[1019] sugieren que Zorzito puede tener una

---

incumplimiento de contrato y fraude. El Tribunal de Distrito concedió la ejecución hipotecaria del gravamen y otorgó a LMCC $62,649.51, pero también otorgó a Martin $10,260.20 por construcción defectuosa. Ambas partes apelaron la decisión, y Martin argumentó que el Tribunal de Distrito malinterpretó las pruebas y afirmó que no renunció al requisito de que los cambios en el contrato se hicieran por escrito. El documento también aborda la cuestión de si alguna de las partes tiene derecho a los honorarios de los abogados.

1017 Seguido por *Cline v. Kralich*, 2017 MT 187 (Mont. 2017); *Vintage Constr., Inc. v. Feighner*, 387 Mont. 354 (Mont. 2017); *S & P Brake Supply, Inc. v. Stemco LP*, 385 Mont. 488 (Mont. 2016); *Masters Grp. Int'l, Inc. v. Comerica Bank*, 380 Mont. 1 (Mont. 2015); *Mountain W. Bank, N.A. v. and*, 301 P.3d 796 (Mont. 2013); *Minks v. Gerttula*, 311 P.3d 444 (Mont. 2013); Mountain W. Bank, N.A. v. Cherrad, LLC, 2013 MT 99 (Mont. 2013); *Total Industrial Plant Services, Inc. v. Turner Industries Group, LLC.*, 368 Mont. 189 (Mont. 2013); *Northbank Civil & Marine, LLC v. Ed Boland Constr., Inc.*, CV-15-38-GF-BMM (D. Mont. Oct. 13, 2016).

1018 El caso *Bloedorn Lumber Co. of N. Platte v. Nielson*, se refiere a una disputa que surgió de un proyecto de mejoras para el hogar en el que Nielson instaló encimeras de granito para los Schilke. Nielson obtuvo las encimeras de Bloedorn Lumber Company, pero dejó de trabajar en el proyecto, ya que los Schilke afirmaron que lo despidieron por un trabajo deficiente y Nielson afirmó que no le pagaron. Tanto Nielson como Bloedorn presentaron gravámenes de construcción sobre la casa de los Schilke, y Bloedorn presentó una queja contra Nielson y los Schilke por no pagar las encimeras. Nielson y los Schilkes presentaron demandas cruzadas entre sí, y los Schilkes presentaron una moción para transferir el lugar que finalmente fue denegada. El tribunal de distrito falló a favor de Bloedorn y Nielson, y el tribunal falló a favor de Nielson por motivos de enriquecimiento injusto. Los Schilke presentaron una moción para un nuevo juicio, que fue denegada, y luego apelaron, planteando cuatro asignaciones de error.

1019 Senior *Hous. Managers, LLC v. Highway 2 Dev., LLC*, 552 F. Supp. 3d 866 (D. Neb. 2021); *Widick v. Price*, No. A-18-467 (Neb. Ct. App. Apr. 23, 2019); *B. Thomas & Co. v. Universal Warranty Corp.*, 8:18-CV-112 (D. Neb. Feb. 21, 2020); *Schreiber Bros. Hog Co. v. Schreiber*, 312 Neb. 707 (Neb. 2022); *DH-1, LLC v. City of Falls City*, 305 Neb. 23 (Neb. 2020); *The All. Grp. v. NGC Grp.*, 30 Neb. App. 439 (Neb. Ct. App. 2021); *Pioneer HI-Bred Int'l v. Alten, LLC*, 8:22CV70 (D. Neb. Feb. 8, 2023); *Goes v. Vogler*, 304 Neb. 848 (Neb. 2020); *State ex rel. Rhiley v. Neb. State Patrol*, 301 Neb. 241 (Neb. 2018); *Fleecs v. Burnett*, No. A-22-957 (Neb. Ct. App. Dec. 5, 2023); *30 Metro. Place v. Dana P'ship, LLP*, No. A-22-591 (Neb. Ct. App. June 27, 2023); *KJH Enters. v. Schroeder*, No. A-22-449 (Neb. Ct. App. Apr. 18, 2023); *Novacek v. Matthewson*, No. A-22-173 (Neb. Ct. App. Jan. 24, 2023); *English Estates, Inc. v. Champion Kearney, LLC*, No. A-22-074 (Neb. Ct. App. Dec. 6, 2022); *Crow v. Chelli*, No. A-21-835 (Neb. Ct. App. Oct. 25, 2022); *Lueth v. Lashley*, No. A-21-747 (Neb. Ct. App. Oct. 4, 2022); *Walters v. Frakes*, 29 Neb. App. 315 (Neb. Ct. App. 2021); *Freedom Specialty Contracting, Inc.*

demanda por incumplimiento de contrato contra la Asociación. En ambos casos, el contratista pudo presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar el trabajo realizado.

Otros casos como *Mike Bldg. & Contracting Inc. v. Just Homes Llc*,[1020] 27 Misc. 3d 833 (N.Y. Sup. Ct. 2010)[1021] sugieren que Zorzito puede tener una demanda por enriquecimiento injusto contra la Asociación. En estos casos, el tribunal consideró que el contratista podía presentar una demanda por enriquecimiento injusto contra el propietario de la propiedad, aunque no existiera una relación contractual directa entre las dos partes.

El caso de *James G. Davis Constr. Corp. v. FTJ, Inc.*, 298 Va. 582 (Va. 2020)[1022] sugiere que Zorzito puede tener un reclamo de

---

v. Nichol Flats, LLC, 28 Neb. App. 797 (Neb. Ct. App. 2020); *Murante v. Murante*, No. A-19-362 (Neb. Ct. App. Mar. 24, 2020); *Albrecht v. Fettig*, 27 Neb. App. 371 (Neb. Ct. App. 2019); *Yates v. Casto*, No. A-17-1053 (Neb. Ct. App. Feb. 12, 2019); entre otros.

1020 El caso número 31035/07 en la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Kings, involucra un incumplimiento de contrato de construcción entre el demandante Mike Bldg Inc y el demandado Just Homes LLC (JH). A JH se le habían adjudicado tres propiedades en Brooklyn, Nueva York, y firmó un contrato con Mike Bldg Inc para su mejora. Surgieron disputas sobre solicitudes de pago, y JH retuvo el pago debido a sospechas de fraude. Mike Bldg Inc solicitó un juicio sumario parcial, la desestimación de la contrademanda de JH y los honorarios y costos de los abogados. JH solicitó un juicio sumario parcial para desestimar las reclamaciones de Mike Bldg Inc. El tribunal falló a favor de Mike Bldg Inc por incumplimiento de contrato, pero rechazó su moción de honorarios y costos de abogados. El tribunal también desestimó la reconvención de JH. El tribunal abordó además la base legal de las reclamaciones del demandante, incluida la Ley de Gravamen y el concepto de "fondos fiduciarios", y consideró que los argumentos de los demandados no eran convincentes.

1021 Seguido por *31 Rockwell Partners v. Hallets Court.*, 2016 N.Y. Slip Op. 33162 (N.Y. Sup. Ct. 2016); *Pavarini McGovern, LLC v. Waterscape Resort LLC (In re Waterscape Resort LLC)*, 483 B.R. 601 (Bankr. S.D.N.Y. 2012).

1022 Seguido por *The LCF Grp. v. Piedmont Power Sports, Inc.*, 3:22-cv-00057 (W.D. Va. Aug. 21, 2023); Galloway v. Martorello, Civil Action 3:19cv314 (E.D. Va. Oct. 5, 2023); *MartianCraft, LLC v. Brooks*, 2:22cv432 (E.D. Va. July 27, 2023); *Samson Lending LLC v. Greenfield Mgmt.*, 2023 N.Y. Slip Op. 23267 (N.Y. Sup. Ct. 2023).

ejecución hipotecaria de un gravamen contra la Asociación.[1023] En ese caso, el tribunal determinó que el contratista podía presentar una demanda de ejecución hipotecaria de un gravamen contra el dueño de la propiedad por negarse a pagar por el trabajo realizado.

En *James*, el demandante James G. Davis Construction Corporation contrató a H&2 Drywall Contractors para completar los paneles de yeso y la estructura metálica para un proyecto de condominios residenciales. El contrato revisado exigía que H&2 se pagara en cuotas, con una retención del 10 por ciento. H&2 acordó comprar materiales de Ciesco, y Davis, H&2 y Ciesco firmaron un acuerdo de verificación conjunta. A medida que avanzaba el proyecto, Davis se dio cuenta de que H&2 tenía problemas y Ciesco experimentó repetidos retrasos en los pagos. A pesar de las garantías de Davis, Ciesco nunca recibió el pago de $252,062.18 en materiales. Ciesco presentó una demanda enmendada contra Davis, H&2 y Buendía, alegando incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto. El tribunal de primera instancia falló a favor de Ciesco, encontrando que Davis se enriqueció injustamente al usar materiales que no pagó. El tribunal rechazó el argumento de Davis de que el acuerdo de cheques

1023 James G. Davis Construction Corporation contrató a H&2 Drywall Contractors para completar los paneles de yeso y la estructura metálica para un proyecto de condominios residenciales. El contrato revisado exigía que H&2 se pagara en cuotas, con una retención del 10 por ciento. H&2 acordó comprar materiales de Ciesco, y Davis, H&2 y Ciesco firmaron un acuerdo de verificación conjunta. A medida que avanzaba el proyecto, Davis se dio cuenta de que H&2 tenía problemas y Ciesco experimentó repetidos retrasos en los pagos. A pesar de las garantías de Davis, Ciesco nunca recibió el pago de $252,062.18 en materiales. Ciesco presentó una demanda enmendada contra Davis, H&2 y Buendía, alegando incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto. El tribunal de primera instancia falló a favor de Ciesco, encontrando que Davis se enriqueció injustamente al usar materiales que no pagó. El tribunal rechazó el argumento de Davis de que el acuerdo de cheques conjuntos prohibía la reparación, y citó casos y principios legales que respaldaban su fallo.

conjuntos prohibía la reparación, y citó casos y principios legales que respaldaban su fallo.

Los casos *The Electric Man, Inc. v. Charos*, 179 Vt. 351 (Vt. 2006)[1024] sugieren que Zorzito puede tener una demanda por incumplimiento de contrato contra la Asociación.[1025] En ambos casos, el contratista pudo presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar el trabajo realizado.

1024 Seguido por *J & K Tile Co. v. Wright & Morrissey, Inc.*, 222 A.3d 936 (Vt. 2019); *Sweet v. St. Pierre*, 201 A.3d 978 (Vt. 2018); *Nystrom v. Hafford*, 59 A.3d 736 (Vt. 2012); *Troy Boiler Works, Inc. v. Long Falls Paperboard*, LLC, 2:21-cv-30 (D. Vt. June 16, 2022); *Birchwood Land Co. v. Ormond Bushey & Sons, Inc.*, 82 A.3d 539 (Vt. 2013); *Southwick v. City of Rutland*, 30 A.3d 1298 (Vt. 2011); *Burton v. Jeremiah Beach Parker Rest*, 6 A.3d 38 (Vt. 2010); *Perez v. Travelers Insurance*, 181 Vt. 45 (Vt. 2006); *Haywood v. St. Michael's Coll.*, Civil Action No. 2:12-CV-164 (D. Vt. Dec. 14, 2012); *In re Ahokas*, 361 B.R. 54 (Bankr. D. Vt. 2007); *Constr. Drilling, Inc. v. Eng'rs Constr., Inc.*, 236 A.3d 193 (Vt. 2020); *Kneebinding, Inc. v. Howell*, 201 A.3d 326 (Vt. 2018); *Sheldon v. Schwarzkopf*, Supreme Court No. 2018-019 (Vt. July 16, 2018); *Post & Beam Equities Group, LLC v. Sunne Village Development Property Owners Ass'n*, 124 A.3d 454 (Vt. 2015); *Post & Beam Equity Grp., LLC v. Sunne Vill. Dev. Prop. Owners Ass'n*, 2015 Vt. 60 (Vt. 2015); *Walsh v. Frank Cluba & Good Stuff, Inc.*, 117 A.3d 798 (Vt. 2015); *Septic v. LaCoste*, Supreme Court No. 2012-408 (Vt. June 12, 2013); *Trombly Plumbings&sHeating v. Quinn*, 25 A.3d 565 (Vt. 2011); *Kwon v. Eaton*, 2010 Vt. 73 (Vt. 2010); *Reed v. Zurn*, 187 Vt. 613 (Vt. 2010); *B & F Land Development, LLC v. Steinfeld*, 2008 Vt. 109 (Vt. 2008); *Fortney & Weygandt, Inc. v. Lewiston Dmep IX, LLC*, 2022 Me. 5 (Me. 2022); entre otros.

1025 Este caso *The Electric Man, Inc. v. Charos*, de la Corte Suprema de Vermont, se centra en una disputa entre un contratista, Ernest Salo, y los propietarios de una casa de vacaciones. La disputa comenzó cuando el contratista solicitó fondos adicionales y los propietarios le exigieron que se mantuviera alejado de la propiedad. El contratista presentó una moción buscando honorarios de abogados, intereses y daños e intereses bajo la ley de pago puntual. El tribunal de primera instancia sólo otorgó una parte de los honorarios, lo cual el contratista apeló. El contratista argumenta que tiene derecho a todos los honorarios, ya que la ley de pago puntual lo requiere. El tribunal en *L'Esperance v. Benware* dictaminó de manera similar. El caso también discute el razonamiento del tribunal para rechazar una interpretación restrictiva de la ley de pago puntual y aborda el error del tribunal al no otorgar honorarios relacionados con la mediación.

Los casos de *Vermont Built, Inc. v. Krolick*, 2008 Vt. 131 (Vt. 2008)[1026] y *Solar Applications v. T.A. Operating Corp.*, 327 S.W.3d 104 (Tex. 2010)[1027] sugieren que Zorzito puede tener una demanda por incumplimiento de contrato contra la Asociación. En estos casos, el tribunal determinó que el contratista podía presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar por el trabajo realizado.

En estos casos, el tribunal determinó que el contratista podía presentar una demanda por incumplimiento de contrato o enriquecimiento ilícito, al igual que *Depagne* contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar por el trabajo realizado.

1026 Vermont Built, Inc. firmó un contrato con Steve Krolick y Lisa Stickney para la construcción de una residencia unifamiliar. El contrato contenía dos cláusulas clave: una que permitía al contratista rescindir el contrato y recuperar el pago si los propietarios no realizaban los pagos anticipados, y otra que establecía que las disputas se resolverían mediante arbitraje. Surgió una disputa cuando los propietarios se negaron a realizar un pago anticipado, lo que llevó al contratista a detener la construcción y presentar un gravamen mecánico. El contratista presentó una demanda, pero el tribunal ordenó a las partes que se sometieran a arbitraje. El árbitro otorgó al contratista $28,877, pero dedujo $8,130 por trabajo defectuoso y negó los honorarios y costos de abogados de ambas partes. El contratista solicitó la anulación o modificación del laudo, pero el tribunal finalmente concluyó que el contratista no podía demostrar que el árbitro se había excedido en sus facultades. El tribunal modificó el laudo para ordenar a los propietarios que pagaran los honorarios de los abogados y los intereses previos al juicio al contratista.

1027 Solar Applications Engineering, Inc. y T.A. Operating Corporation firmaron un contrato para la construcción de una parada de camiones, pero surgieron disputas sobre la finalización del trabajo y la fijación de gravámenes. TA rescindió el contrato y se negó a realizar el pago final, lo que llevó a Solar a demandar por incumplimiento de contrato. Aunque el tribunal de primera instancia falló a favor de Solar, el tribunal de apelaciones revocó la decisión basándose en el incumplimiento por parte de Solar de una disposición de liberación de gravamen. Sin embargo, la Corte Suprema de Texas finalmente falló a favor de Solar, aclarando que la disposición de liberación de gravámenes es un pacto, no una condición precedente.

D) Caso Air Littoral: Sentencia Nº RG 02/03547, 2002[1028]

a) Antecedentes del caso

El 30 de junio de 2001, Air Littoral y Marc Y... acordaron un protocolo de arreglo con SairLines, sujeto a la ley francesa. El protocolo incluía la transferencia de acciones y bonos a Marc Y., así como el pago de un préstamo por parte de SairLines. Sin embargo, después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, SAirLines y SAirGroup, debido a su situación financiera deteriorada, fueron sometidos a un procedimiento de suspensión de composición por los tribunales suizos. Por medio de este protocolo estaba previsto que SairLines pagara un préstamo de 100.000.000 de francos a partir del 20 de septiembre de 2000 reembolsable en multa el 31 de diciembre de 2003 (a menos que se renuncie a la deuda según la cantidad de capital recaudado de los inversores).

SAirLines no otorgó el préstamo acordado a Air Littoral, y Swissair, una subsidiaria de SAirLines, redujo sus programas de vuelos y dejó de cumplir el contrato de chárter con Air Littoral. En octubre de 2001, Air Littoral y Marc Y. presentaron una demanda para obtener el pago de la cantidad acordada en compensación por los perjuicios sufridos.

En la demanda, se estableció que la responsabilidad de SairGroup y sus directores estaba comprometida debido a que no proporcionaron los medios financieros necesarios para cumplir los compromisos acordados previamente. Los demandantes invocaron la responsabilidad basada en la confianza y la *culpa in contrahendo* del derecho suizo.

1028 Tribunal de Casaciones de Francia, *Air Littoral v. SairGroup*, Sentencia Nº RG 02/03547, 2002.

El Tribunal de Comercio, en una sentencia emitida el 29 de mayo de 2002, rechazó las excepciones presentadas y declaró la no ejecución del protocolo de solución amistosa de 30 de junio de 2001 por parte de SairLines. Además, determinó que SairGroup y Mario X. se habían comprometido en el protocolo, siendo SairGroup quien ejerció un control efectivo sobre SAirLines y participó de manera decisiva en el proceso de reestructuración de Air Littoral.

Durante la formación del documento de su filial, el señor Corti desempeñó un papel decisivo en la venta de Air Littoral. Durante las negociaciones del protocolo de arreglo amistoso, el señor Corti hizo declaraciones sobre la situación financiera de Swissair, lo cual generó expectativas en Air Littoral y el señor Marc Y. de que SAirGroup cumpliría con los pagos acordados a tiempo.

Sin embargo, los directivos de facto y de jure de SAirLines no tomaron las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento del protocolo. Esto resultó en la falta de pago de la última cuota de la contribución financiera acordada en menos de tres meses después de la firma del protocolo.

La conducta desleal de los imputados comprometió su responsabilidad hacia Air Littoral y el señor Marc Y., al defraudar la confianza depositada en ellos. Como resultado, se solicitó una compensación de 941,000 francos por los daños sufridos por Air Littoral debido a la rescisión del contrato de arrendamiento con Swissair, contraviniendo el protocolo establecido el 30 de junio de 2001.

Las costas de la instancia en sospecha legítima seguirán a las de la instancia principal y serán liquidadas por el Tribunal de Comercio de Rodez.

De modo que el Tribunal de Casaciones valoró el caso de la siguiente forma:

> Considerando que el Juzgado de lo Mercantil de Rodez será designado por tanto como tribunal de referencia para conocer de la citación emitida por Air Littoral y Marc Y. el 22 de enero de 2002 contra las sociedades SairLines, SairGroup y sus respectivos administradores, incluido Mario X. . en pago de una suma de 9.146.941 en concepto de daños y perjuicios, en compensación por los daños sufridos como consecuencia de la rescisión del contrato de fletamento celebrado con Swissair, en contravención de los términos del protocolo de 30 de junio de 2001...POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL Declara admisible la demanda formal, en cuanto al fondo, la declara fundada. Remite el caso y las partes al Juzgado de lo Mercantil de Rodez, tribunal remitente, para conocer de la citación emitida por Air Littoral y Marc Y. el 22 de enero de 2002, contra las sociedades SairLines, S air Group y sus respectivos administradores, entre ellos Mario X., en pago de una suma de 9.146.941 € en concepto de daños y perjuicios, en compensación por la pérdida sufrida como consecuencia de la rescisión del contrato de fletamento celebrado con Swissair, contrariamente a lo dispuesto en el protocolo de 30 de junio de 2001 (*Air Littoral v. SairGroup*).

Como vemos, el Tribunal de Casaciones resuelve el caso sin adentrarse a los pormenores de la CIC. El Tribunal se centra en la confianza razonable, en las expectativas despertadas en el demandante Air Littoral por parte de las representaciones de del demandado Air Group, y los consecuentes daños al perder el contrato de flete con Swissair.

b) Análisis del Caso

En el *common law*, este caso se habría resuelto por medio de la responsabilidad contractual y no del PE, (pese a que el Tribunal se centra en la confianza defraudada, o en las expectativas generadas por el promitente, y el consecuente daño emergente a consecuencia de la confianza detrimental del demandante), ya que el caso versa sobre un incumplimiento del contrato o del protocol firmado por las partes involucradas (Air Littoral y Air Group) el 30 de junio de 2001. En la responsabilidad contractual, los daños y perjuicios de 9.146.941 € son el reflejo de la pérdida del contrato de flete con Swiss Air; sin embargo, si el PE habría prestado su análisis para este caso, la doctrina impondría que se defina en qué sentido el demandante ha realizado un acto de acción o de omisión fundado en las expectativas generadas por la parte demandada.

c) El Caso en el Sistema del Common Law

Este caso gira en torno a una disputa entre Air Littoral y SAirLines, derivada de la falta de préstamo de SAirLines a Air Littoral según lo acordado en un protocolo. Air Littoral reclama una indemnización por daños y perjuicios, mientras que SAirLines impugna la jurisdicción del tribunal y la validez de las reclamaciones.

También este caso trata de una disputa entre Air Littoral y SairLines/SairGroup sobre un contrato de fletamento cancelado. Air Littoral reclama una indemnización por daños y perjuicios, mientras que SAirLines impugna la jurisdicción del tribunal y la validez de las reclamaciones.

Este caso analiza varias teorías, incluido el concepto de "*culpa in contrahendo*", pero el Tribunal de Casaciones, centrándose en la confianza generada y los daños resultantes para Air Littoral, remitió el caso al Juzgado de lo Mercantil de Rodez para una nueva revisión,

enfocándose en la responsabilidad contractual y no en la *culpa in contrahendo*.

En este contexto, analizaremos sobre las posibles causas de acción de Air Littoral contra SairGroup por no prestar SAirLines a Air Littoral según lo acordado en un protocolo. Sobre la base de los casos, Air Littoral puede tener reclamaciones por incumplimiento de contrato, enriquecimiento injusto y/o quantum meruit.

La autoridad más relevante para nuestra investigación es *Les Indus. Wipeco v. Bluestem Mgmt. Advisors*, No. 21-2289-JAR-ADM (D. Kan. June 30, 2023),[1029] que discute la cuestión de si un contrato ha

1029 Este caso, número No. 21-2289-JAR-ADM, en la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Kansas, involucra un conflicto entre Les Industries Wipeco, Inc. (demandante) y Bluestem Management Advisors, LLC, et al. (demandados), con fecha de decisión el 30 de junio de 2023. El tribunal negó la moción de Wipeco para un juicio sumario parcial sobre las reclamaciones de incumplimiento de contrato en la Cuenta I y las reclamaciones de enriquecimiento injusto en la Cuenta IV, pero otorgó a los demandados un juicio sumario sobre las reclamaciones de incumplimiento de contrato en la Cuenta I. También concedió a Bluestem Management y Johnson un juicio sumario sobre las reclamaciones de fraude y misrepresentación negligente en las Cuentas II y III, y otorgó a los demandados un juicio sumario en parte sobre la reclamación de enriquecimiento injusto en la Cuenta IV. El tribunal ordenó a Wipeco presentar un informe suplementario sobre las reclamaciones de incumplimiento de contrato contra Bluestem Healthcare y Johnson.
El caso también describe el estándar de juicio sumario, que requiere que la parte solicitante demuestre que no existe disputa genuina sobre ningún hecho material y que tiene derecho al juicio como cuestión de ley. El tribunal considera la evidencia y todas las inferencias razonables a favor de la parte no solicitante. Además, el caso discute las relaciones entre las partes, incluyendo la consulta de Wipeco sobre la compra de guantes de nitrilo, la provisión de un Acuerdo de Términos de Guantes por parte de Bluestem Management y la entrega de tres órdenes de compra de Wipeco a Bluestem Management.
El caso también aborda disputas sobre los pedidos de 4 mil y 8 mil, incluyendo retrasos, cambios de precios y disputas entre las partes. Asimismo, discute si el contrato fue modificado, si Bluestem Management incumplió el contrato al no entregar guantes o un conocimiento de embarque, y si Bluestem Management no mantuvo los depósitos en custodia. Finalmente, el caso trata la admisibilidad de la evidencia parol (que lo veremos en el capítulo V), el tema de si una parte repudió anticipadamente el contrato y las defensas afirmativas de los demandados de impracticabilidad y fuerza mayor.

sido modificado o renunciado por un acuerdo posterior. Este caso podría ser relevante para la cuestión de si SairGroup incumplió su acuerdo con Air Littoral al no prestar SAirLines según lo acordado.

El caso de *U.S. Bank v. DLJ Mtge. Capital, Inc.*, 2022 N.Y. Slip Op. 66389 (N.Y. 2022)[1030] también es relevante, ya que discute la importancia de cumplir con los términos de un contrato. Sin embargo, el caso se refiere a un protocolo de recompra en lugar de a un acuerdo de préstamo, por lo que la aplicabilidad de su razonamiento a la solicitud de investigación es por analogía.

El caso de *Barberan v. Nationpoint*, 706 F. Supp. 2d 408 (S.D.N.Y. 2010)[1031] proporciona una guía general sobre los elementos de una

---

1030 U.S. Bank demanda a DLJ Mortgage Capital, Inc. por incumplimiento de contrato, alegando que DLJ no se adhirió a las representaciones y garantías hechas en el acuerdo de agrupamiento y servicio (PSA, por sus siglas en inglés). Específicamente, U.S. Bank afirma que DLJ no suscribió cada préstamo de acuerdo con los estándares de suscripción de los originadores y la ley aplicable. U.S. Bank busca que DLJ recompre 1,204 préstamos, así como cualquier otro préstamo hipotecario en el fideicomiso que DLJ haya incumplido. Sin embargo, DLJ argumenta que U.S. Bank no puede buscar recuperación para 480 de los préstamos porque no fueron identificados específicamente en cartas previas al juicio. La disputa gira en torno a la disposición de "protocolo de recompra como único remedio" en el PSA, que requiere un aviso específico para cada préstamo antes del juicio. La Corte de Apelaciones de Nueva York finalmente revierte una decisión de un tribunal inferior, encontrando que U.S. Bank no proporcionó el aviso oportuno requerido por el protocolo de recompra. La corte también concluye que el "Precio de Recompra" no incluye intereses posteriores a la liquidación.

1031 Seguido por *Nagessar v. Ne. All. Mortg. Banking Corp.*, 18-cv-6709 (KAM) (RER) (E.D.N.Y. Aug. 5, 2022); *Costa v. Deutsche Bank Nat'l Tr.*, 247 F. Supp. 3d 329 (S.D.N.Y. 2017); *Zutel v. Wells Fargo Bank, N.A.*, 12-CV-3656 (RRM) (VMS) (E.D.N.Y. Sep. 22, 2014); *Gass v. Mamedova-Braz*, 15 Civ. 3799 (ER) (S.D.N.Y. Aug. 18, 2017); *Cosmas v. American Express Centurion Bank*, 757 F. Supp. 2d 489 (D.N.J. 2010); *Varlack v. TD Bank N.*, 1:23-CV-7216 (LTS) (S.D.N.Y. Oct. 16, 2023); *Harrison v. Kaner*, 23-CV-0944 (LTS) (S.D.N.Y. Apr. 17, 2023); *Badger v. Cuny Graduate Ctr.*, 22-cv-9784 (ER) (S.D.N.Y. Jan. 4, 2023); *Wilson v. HSBC Bank, U.S.*, 16-cv-8405 (NSR) (S.D.N.Y. Mar. 1, 2019); *Comunale v. Home Depot, U.S.A., Inc.*, 328 F. Supp. 3d 70 (W.D.N.Y. 2018); *Khan v. CXA-16 Corp.*, No. 16-CV-6672 (RA) (S.D.N.Y. May 5, 2017); *Zap v. Mortg. Elec. Registration Sys., Inc.*, 6:15-cv-00624 (MAD/TWD) (N.D.N.Y. Nov. 1, 2016); *Mbody Minimally Invasive Surgery, P.C. v. United Healthcare Ins. Co.*, 14 Civ. 2495 (ER) (S.D.N.Y. Aug. 15, 2016); *Knight-Hurney v. Suffolk Cnty. Nat'l Bank*, 14-CV-1092(JS)(AKT) (E.D.N.Y. Sep. 30, 2014); *Mendy v. JP Morgan*

reclamación por incumplimiento de contrato en virtud de la ley de Nueva York, que puede ser información de fondo útil.[1032]

Chase & Co., 12 Civ. 8252 (PGG) (S.D.N.Y. Mar. 23, 2014); *Kahraman v. Countrywide Home Loans, Inc.*, 886 F. Supp. 2d 114 (E.D.N.Y. 2012); *DPWN Holdings (USA), Inc. v. United Air Lines, Inc.*, 747 F.3d 145 (2d Cir. 2014); *Moore v. U.S. Dep't of Educ.*, 457 F. App'x 10 (2d Cir. 2011); *Varlack v. Transunion*, 23-CV-6760 (LTS) (S.D.N.Y. Oct. 10, 2023); *Barron v. Helbiz Inc.*, 20 Civ. 04703 (LLS) (S.D.N.Y. Sep. 1, 2023); *Balash v. The Bank of N.Y. Mellon Tr. Co.*, 1:22-cv-01120 (BKS/DJS) (N.D.N.Y. July 10, 2023); *Rivas v. L&N Builders Grp.*, Civil Action 22-7544 (SDW)(JBC) (D.N.J. June 15, 2023); *Essilor Mfg. (Thailand) Co. v. J.P. Morgan Chase Bank*, 1:22-cv-03361 (S.D.N.Y. Apr. 26, 2023); *Essilor Int'l SAS v. J.P. Morgan Chase Bank*, 22-cv-3361 (LJL) (S.D.N.Y. Jan. 4, 2023); *Poulin v. Bos. Sci. Corp.*, 22-CV-553JLS(F) (W.D.N.Y. Dec. 9, 2022); *Cadet v. All. Nursing Staffing of N.Y.*, 21 Civ. 3994 (KPF) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2022); *Ainger v. Great Am. Assurance Co.*, Civil Action 2020-0005 (D.V.I. Sep. 22, 2022); *Demarattes v. Enhanced Recovery Co.*, 20-CV-4722(KAM)(LB) (E.D.N.Y. Sep. 9, 2022); *Marrero v. U.S. Bank*, 21 CV 11182 (VB) (S.D.N.Y. Sep. 2, 2022); *Miss Jones LLC v. Stiles*, 17-cv-01450 (NSR) (S.D.N.Y. May 26, 2022); *Manes v. JP Morgan Chase Bank*, 20-CV-11059 (VEC) (S.D.N.Y. Mar. 7, 2022); *Hunter v. Equifax Info. Sols.*, No. 20-CV-639S (W.D.N.Y. Nov. 12, 2021); *Perez v. Experian*, 20-CV-9119 (PAE) (JLC) (S.D.N.Y. Oct. 14, 2021); *Covenant Imaging, LLC v. Viking Rigging & Logistics, Inc.*, 3:20-CV-00593 (KAD) (D. Conn. Mar. 16, 2021); *Graham v. HSBC Mortg.*, No. 18-CV-4196 (KMK) (S.D.N.Y. Sep. 23, 2020); *Nagessar v. Ne. All. Mortg. Banking Corp.*, 18-cv-6709 (KAM) (RER) (E.D.N.Y. June 8, 2020); *Feibleman v. Trs. of Columbia Univ. in N.Y.*, 19-CV-4327 (VEC) (S.D.N.Y. Feb. 24, 2020); *Scalercio-Isenberg v. Citizens Fin. Grp.*, 18-cv-9226 (JGK) (S.D.N.Y. Dec. 23, 2019); *J&R Multifamily Grp., Ltd. v. U.S. Bank N.A.*, 19-cv-1878 (PKC) (S.D.N.Y. Dec. 5, 2019); entre otros.

1032 Jimmy y Tatsiana Barberan están demandando a Nationpoint, Mortgage Electronic Registration Systems, Inc., Home Loan Services, Inc., LaSalle Bank National Association y First Franklin Mortgage Loan Trust por varias reclamaciones, incluyendo acción de silencio de título, violaciones de la Ley de Veracidad en Préstamos (TILA, por sus siglas en inglés), incumplimiento de contrato, incumplimiento de deber fiduciario, negligencia y ejecución hipotecaria indebida. Los demandados presentaron una moción para desestimar todas las reclamaciones de los demandantes, sobre la cual el tribunal está decidiendo en base a los documentos presentados, sin argumento oral. Los demandantes afirman que nunca firmaron la nota promisoria ni el contrato hipotecario, pero también declaran que mantuvieron el préstamo al día hasta que lo rescindieron. Alegan que los formularios de divulgación de TILA no eran precisos y contenían información engañosa, y que MERS ocultó la identidad de la parte para la que actuaba como nominado. Los demandantes también afirman que LaSalle no es el titular de ninguna nota o hipoteca relevante para ellos. El tribunal consideró varios documentos presentados por los demandados, pero no tomó en cuenta ciertos documentos debido a disputas sobre su autenticidad. El tribunal encontró que los demandantes habían declarado adecuadamente una reclamación para un decreto de silencio de título contra LaSalle, y habían alegado hechos suficientes para establecer

El caso de *The Bos. Consulting Grp. v. GameStop Corp*., Civil Action 22-363-CJB (D. Del. Mar. 29, 2023)[1033] analiza la aplicabilidad de un contrato y las implicaciones de un incumplimiento.

En este contexto, Air Littoral podría explorar diversas vías legales, incluyendo incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto, apoyándose en jurisprudencia relevante que aborda temas de validez contractual, cumplimiento de acuerdos y consecuencias de incumplimientos contractuales.

---

una plausible reclamación equitativa de silencio de título contra Nationpoint, MERS y LaSalle. El tribunal negó la moción para desestimar para tres de los demandados, pero la concedió para uno. El tribunal también encontró que ciertos demandados eran responsables por violaciones de TILA. Sin embargo, el tribunal desestimó las reclamaciones de incumplimiento de contrato de los demandantes, encontrando que no habían planteado una reclamación plausible de ser partes o beneficiarios de terceros de los contratos. El tribunal también desestimó las reclamaciones de agravio de los demandantes, encontrando que estaban prevenidas por la Ley de Informes de Crédito Justo.

1033 En la Acción Civil 22-363-CJB, Boston Consulting Group (BCG) está demandando a GameStop Corp. por incumplimiento de contrato y violación del pacto implícito de buena fe y trato justo. El conflicto surge de un acuerdo denominado "Declaración de Trabajo" (SOW, por sus siglas en inglés) que ambas compañías firmaron en 2019, en el cual BCG ayudaría a GameStop a mejorar sus operaciones comerciales. BCG alega que GameStop incumplió el SOW al no pagar ciertas tarifas variables y al no asistir a reuniones "termómetro" para discutir las mejoras proyectadas en las ganancias. El tribunal está evaluando si el SOW es un contrato indefinido en cuanto a alguna de sus disposiciones esenciales o materiales, y si se trata de un acuerdo preliminar Tipo II.
El tribunal se ha posicionado a favor de BCG en la cuestión de si las disposiciones del SOW relacionadas con los pagos de tarifas variables constituyen un acuerdo Tipo II. También ha concluido que BCG ha alegado de manera plausible que GameStop incumplió un acuerdo Tipo II al no negociar de buena fe. Sin embargo, el tribunal desestimó una de las reclamaciones de BCG por incumplimiento de contrato y su reclamación por violación del pacto implícito de buena fe y trato justo, pero permitió a BCG la oportunidad de enmendar su demanda.

6.4. Italia

A) Caso Fondedile.[1034]

a) Antecedentes del Caso

El caso se refiere a una disputa entre la empresa Fondedile Costruzioni ("Fondedile") y el Ministerio de Infraestructura y Transporte ("Ministerio"). Fondedile demandó al Ministerio solicitando la resolución de un contrato de construcción de obras y el pago de daños y perjuicios. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, y Fondedile apeló la decisión. La Corte Suprema de Cassazione confirmó la sentencia de primera instancia en parte y admitió parcialmente el recurso de Fondedile. El caso se centra en la cuestión de la responsabilidad contractual y precontractual del Ministerio.

La Corte de Apelación de Roma rechazó el recurso de Fondedile, argumentando que la falta de registro del decreto de aprobación del contrato lo hizo ineficaz frente a la Administración. Fondedile presentó un recurso de casación basado en dos motivos, pero la Corte de Apelación excluyó la responsabilidad precontractual del Ministerio. La sentencia consideró que no se demostró la culpa del Ministerio en el resultado negativo del contrato y que el proceso de licitación se llevó a cabo correctamente. Sin embargo, el Tribunal de Casaciones disintió.

Los dos motivos que expone la parte demandante en su recurso de casación son:

1). El primer motivo alega la violación de la Ley 20 de marzo de 1865, n. 2248, art. 337, anexo F, ya que la sentencia impugnada consideró que la falta de registro del decreto ministerial de

1034 Cass. 11-03-2015, No. **25371.** E**n adelante referida como "***Fondedile Costruzioni* S.R.L. *En Liquidación v. Ministerio de Infraestructura y Transporte" o "caso Fondedile.*

aprobación del contrato implicaba la total ineficacia del mismo, desconociendo erróneamente el efecto del decreto de aprobación y el papel secundario y residual del registro (en cuanto a la eficacia, pero no a la ejecutoriedad del contrato). El Tribunal de Casaciones consideró que este motivo carece de fundamento.

2). En el segundo motivo, la recurrente denuncia la violación de los artículos 1337[1035] y 1338[1036] del Código Civil,[1037] al excluir la responsabilidad precontractual o extracontractual de la Administración, que fue invocada en relación con la negativa de registro del decreto de aprobación del contrato debido a su conducta negligente en la fase de planificación de la obra. La Corte de Apelaciones no habría tenido en cuenta la confianza razonablemente depositada por la empresa demandante en la autenticidad del proyecto, cuya ejecución era objeto de un contrato firmado y aprobado, y en el cual la empresa demandante ya había comenzado a trabajar como resultado de la entrega anticipada de los trabajos por razones de urgencia. Además, no habría tenido en cuenta que la Administración no había justificado su conducta, ya que suspendió los trabajos durante un largo período sin informar a la empresa.

La Corte de Apelaciones excluyó la responsabilidad precontractual del Ministerio, considerando que la demandante no había demostrado su culpa en el resultado negativo del asunto

1035 CCI §1337: "Las partes, al llevar a cabo las negociaciones y formar el contrato, deben comportarse de buena fe."

1036 CCI § 1338: "La parte que, conociendo o debiera haber conocido la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha informado a la otra parte está obligada a indemnizar el daño sufrido por esta última por haber confiado, sin culpa propia, en la validez del contrato."

1037 Ferro menciona la importancia de comportarse de buena fe durante las negociaciones contractuales y el "obbligo di buona fede" (obligación de buena fe) en relación con el Artículo 1337 del Código Civil italiano. (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative*. Milán: Cedam, pp. 73-77.)

contractual y, de hecho, se debía excluir la culpa considerando la legitimidad del ejercicio de la función pública por parte del Ministerio en el procedimiento de licitación que se llevó a cabo correctamente, como lo testificaba la mención en el decreto de aprobación del contrato de la aprobación de las obras por parte del Consejo Superior de Obras Públicas. Mientras que la negativa de registro en la Corte de Cuentas (debido a la falta de visado de conformidad por parte del Ministerio de Bienes Culturales y Ambientales) no demostraba que el Ministerio estuviera al tanto de elementos que obstaculizaran la realización de las obras.

Este motivo es válido, según el Tribunal de Casaciones, que considera que la responsabilidad precontractual de la Administración Pública se basa en el comportamiento y la violación de los deberes de corrección y buena fe durante la negociación y formación del contrato. La evolución jurisprudencial equipara a la Administración con los contratantes privados en todas las etapas del proceso de licitación pública. La Corte de Apelación se limitó a evaluar la legitimidad formal de los actos del procedimiento de licitación privada, pero esto no es adecuado, ya que la responsabilidad precontractual de la Administración se basa en el comportamiento y no en los actos específicos. Es necesario evaluar la corrección del comportamiento global durante las negociaciones y la formación del contrato, independientemente de la legitimidad de los actos administrativos.

La parte demandante considera que la sentencia impugnada no investigó las razones de las observaciones de la Corte sobre las decisiones técnicas de la obra ni dio importancia a la entrega anticipada de los trabajos y al compromiso de la empresa. Se pasó por alto que la Administración debe informar al contratante sobre el proceso de control y proteger su confianza. La Administración es responsable, según el demandante, si exige la ejecución anticipada sin cumplir los requisitos, y que existe un principio que establece

que la Administración debe comportarse de buena fe y corregir sus acciones: No informar a la otra parte sobre una causa de invalidez o ineficacia del contrato puede generar responsabilidad.

El Tribunal expone que se debe analizar el significado de "normas generales, que se presumen conocidas por la generalidad de los ciudadanos" al interpretar la norma en cuestión. Se argumenta que cualquier norma legal, independientemente de su naturaleza (imperativa, prohibitiva o con efecto de derecho objetivo), debería ser conocida por presunción absoluta, lo que podría descartar el artículo 1338 del Código Civil.

Se plantea que el principio *ignorantia legis non excusat* (la ignorancia de la ley no excusa) no sería aplicable en este caso, ya que el contratante no alega su ignorancia para evitar los efectos del incumplimiento de la norma legal, sino para buscar compensación por el daño derivado de la violación de la obligación de información impuesta por la ley a la otra parte. También se destaca que el ordenamiento jurídico reconoce la importancia del error de derecho que afecta la voluntad del contratante cuando es esencial y reconocible, protegiéndolo mediante la anulación del contrato en su interés.[1038]

Se argumenta en contra de estas objeciones que el artículo 1338 del Código Civil reconoce el derecho a indemnización para la parte que confió en la validez del contrato "sin culpa suya". Si la parte actúa con culpa al conocer la invalidez o ineficacia del contrato, no puede atribuir a la otra parte el daño que es consecuencia de su propio

1038 Para Oughton (2000) en el caso de un error mutuo, sostiene que el contrato es nulo si el error es fundamental para el contrato. Sin embargo, si el error no es fundamental, el contrato sigue siendo vinculante. Además, el autor analiza la importancia de observar los contratos y la necesidad de que las partes confíen en las estipulaciones del contrato para su protección (p. 255).

comportamiento, según el principio establecido en el artículo 1227 del Código Civil.[1039]

Ampliar excesivamente el deber de diligencia de la parte receptora de la información sobre la invalidez o ineficacia del contrato comprometería el propósito y utilidad del artículo 1338 del Código Civil. Este artículo no es simplemente repetitivo de otras disposiciones sobre buena fe y reciprocidad de información, sino que impone a una sola parte la obligación específica de informar a la otra parte si conoce o debería conocer la existencia de una causa de invalidez o ineficacia. La parte receptora tiene derecho a recibir la información y, en su ausencia, a ser indemnizada por confiar razonablemente en la validez y eficacia del contrato. La parte obligada puede demostrar que la otra parte actuó culposamente al confiar en la validez del contrato, pero debe presentar hechos y circunstancias específicas que demuestren su conocimiento de la causa que afecta el contrato.

El Tribunal valora que el principio *ignorantia legis non excusat* en contratos no tiene un valor general y absoluto. Se debe analizar caso por caso la diligencia y la excusabilidad de la confianza del contratante, considerando el conocimiento de la norma y las circunstancias de hecho relacionadas con la invalidez contractual. El desconocimiento de una norma no implica necesariamente culpa, especialmente cuando se contrata con una Administración negligente que conduce el proceso hasta la firma de un contrato inválido o ineficaz. El conocimiento abstracto de la norma no es determinante para la percepción de la invalidez del contrato; se requiere la cooperación del otro contratante y su obligación de

1039 CCI § 1227: "si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento es disminuido conforme a la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que se derivan de él."

comunicar las circunstancias que puedan afectar la validez o eficacia del contrato.[1040] La Administración tiene la obligación de informar sobre las causas de invalidez contractual y proteger la confianza de los contratistas. En casos de anulación de adjudicaciones con caducidad del contrato, se puede proteger al empresario que confió legítimamente en la adjudicación y en la firma del contrato.

La sentencia impugnada es anulada en relación con el segundo motivo de apelación, que es aceptado, y se remite al Tribunal de Apelación de Roma, en una composición diferente, para que reexamine el caso y aplique los principios de derecho antes mencionados. El Tribunal de Apelación decidirá sobre los costos del proceso de apelación.

En resumen, el tribunal rechaza el primer motivo y, al aceptar el segundo motivo, anula la sentencia impugnada y la remite al Tribunal de Apelación de Roma, en una composición diferente, también para decidir sobre los costos del proceso de apelación. La sentencia fue emitida en Roma el 11 de marzo de 2015 y depositada en la Secretaría el 12 de mayo de 2015.

Entonces, lo que el Tribunal de Casaciones quiere valorar es la culpa o el grado de culpa de la empresa demandante, que podría reducir la *culpa in contrahendo* de la administración pública en fallar a su deber de informar sobre una causal de nulidad (en este caso sobre el correcto visado del registro), de acuerdo al numeral 1338 del Código Civil Italiano.

1040 Gómez Calle (1994) discute cómo la buena fe se utiliza para determinar el surgimiento de los deberes de lealtad y cooperación durante la etapa de negociación de un contrato (p. 120). En igual sentido, Mosset Iturraspe (2006) menciona la importancia de la buena fe en la interpretación de contratos. Específicamente, afirma que "a través del prisma de la buena fe debe visualizarse el negocio jurídico como un instrumento solidario de cooperación entre las partes para el logro de una finalidad común" (p. 152).

En el *common law* americano, la figura de la CIC en la figura de la omisión de informar cuando exista obligación de hacerlo es concomitante con la figura del *misrepresentation* (como lo venimos analizando en las resoluciones anteriores), y existe abundante jurisprudencia que apunta a reducir la responsabilidad del demandado en caso de negligencia contributoria de la parte demandante.[1041]

De otra parte, es debatible el extremo de encontrar un caso de tergiversación por parte de la administración pública. En el caso *Loosli v. City of Salem*, 345 Or. 303 (Or. 2008) la Corte no encontró negligencia en la parte demandada. Este caso involucra una disputa entre los demandantes y la Ciudad de Salem con respecto a la negligente provisión de información incorrecta por parte de la ciudad. El tribunal de primera instancia falló a favor de la ciudad, declarando que no tenía ninguna obligación hacia los demandantes y no era responsable de los daños económicos causados por su negligencia. La Corte de Apelaciones confirmó esta decisión y la Corte Suprema también respaldó el fallo del tribunal inferior.

En *Loosli* los demandantes deseaban iniciar un negocio de venta de autos usados y solicitaron un certificado de distribuidor de vehículos al Departamento de Transporte de Oregón. La solicitud requería una certificación de un funcionario del gobierno local que indicara que el negocio cumplía con las ordenanzas locales de uso de suelo y otras. El empleado de la ciudad encargado de revisar la solicitud certificó por error que el negocio cumplía con las ordenanzas, pero posteriormente notificó a los demandantes que la ubicación propuesta no estaba permitida para la venta de automóviles. Como resultado, los demandantes incurrieron en pérdidas económicas.

1041 Ver por ejemplo: *Falck Props., LLC v. Walnut Capital Real Estate Servs., Inc.* (In re Brownsville Prop. Corp., Inc.), No. 10-21959-TPA (Bankr. W.D. Pa. Aug. 1, 2013) donde se sostuvo que "En ese sentido, el Tribunal señala que…la negligencia concurrente se aplica en reclamos de misrepresentación negligente."

Los demandantes presentaron una demanda por negligencia contra la ciudad, argumentando que la ciudad tenía la obligación de proteger sus intereses económicos basada en su relación con la ciudad. La ciudad argumentó que no tenía ninguna obligación más allá de cumplir con los requisitos legales para la certificación.

La Corte Suprema analizó las leyes pertinentes y determinó que el propósito del requisito de certificación era garantizar la coordinación entre los organismos reguladores estatales y locales y proteger los intereses del público. El tribunal determinó que el cumplimiento de la ciudad con el requisito de certificación no establecía una "relación especial" con los demandantes que impusiera a la ciudad la obligación de proteger sus intereses económicos.

El tribunal también se refirió a la Sección 552 del Segundo Restatement de Torts,[1042] que trata sobre la responsabilidad por representaciones negligentes, pero concluyó que no era necesario aplicar esta sección en el presente caso. En última instancia, el tribunal falló a favor de la ciudad, confirmando las decisiones de los

1042 Second Restatement of Torts (SRT). 1965-1979. (EE.UU.) §552: (1) Quien, en el curso de su negocio, profesión o empleo, o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario, suministre información falsa para la guía de otros en sus transacciones comerciales, está sujeto a responsabilidad por pérdidas pecuniarias causadas a ellos por su legítima confianza en la información, si no ejerce un cuidado o competencia razonables al obtener o comunicar la información.
(2) Salvo lo establecido en la Subsección (3), la responsabilidad establecida en la Subsección (1) se limita a las pérdidas sufridas
(a) por la persona o uno de un grupo limitado de personas en cuyo beneficio y guía tiene la intención de suministrar la información o sabe que el destinatario tiene la intención de suministrarla; y
(b) a través de la confianza en ella en una transacción que él tiene la intención de influir con la información o sabe que el destinatario también lo tiene, o en una transacción sustancialmente similar.
(3) La responsabilidad de aquel que tiene un deber público de suministrar la información se extiende a las pérdidas sufridas por cualquier miembro de la clase de personas para cuyo beneficio se crea el deber, en cualquiera de las transacciones en las que se pretende protegerlos.

tribunales inferiores y estableciendo que la ciudad no era responsable de las pérdidas económicas de los demandantes.

b) Análisis del Caso

En el caso *Fondedile Costruzioni vs. el Ministerio de Infraestructura y Transporte*, se plantea un escenario donde la comparación entre la *culpa in contrahendo* (CIC) y el *misrepresentation* se vuelve relevante, particularmente en cuanto a los deberes de informar y no engañar. Examinemos cómo ambas teorías pueden conducir a un resultado similar en este contexto.

a. *Misrepresentation*
   1. Aseveración Contraria a los Hechos: Si el Ministerio hubiera proporcionado información errónea o incompleta sobre la eficacia del contrato, esto sería análogo a una aseveración contraria a los hechos.
   2. Naturaleza Fraudulenta: Si el Ministerio estuvo consciente de la ineficacia del contrato y aún así procedió sin divulgar esta información, esto podría interpretarse como una naturaleza fraudulenta.
   3. Confianza del Receptor: Fondedile, basándose en la información proporcionada, confió en la validez del contrato para iniciar el trabajo.
   4. Justificación de la Confianza: La confianza de Fondedile en la información del Ministerio parece justificada, dada la naturaleza oficial del Ministerio y el contexto del contrato.

b. *Culpa in contrahendo*
   1. Deber de Cuidado: El Ministerio, en su rol de entidad gubernamental en un proceso de licitación, tiene el deber de cuidar los intereses de los contratistas, como Fondedile, en el proceso de licitación.

2. Deber de Informar: El Ministerio posiblemente incumplió su deber de informar a Fondedile sobre el estado real y la eficacia del contrato.
3. Ruptura Maliciosa de Negociaciones: Si el Ministerio estaba al tanto de los problemas con el contrato y no informó a Fondedile, esto podría interpretarse como una ruptura maliciosa de las negociaciones, causando daños a Fondedile.

c. Análisis Comparativo y Conclusión

En ambos marcos teóricos, el núcleo del problema es la falla en divulgar información crucial que era fundamental para la toma de decisiones de Fondedile. Tanto en la CIC como en el *misrepresentation*, la parte perjudicada (Fondedile) operó bajo la premisa de que estaba entrando en un contrato válido y eficaz, una creencia aparentemente fomentada por la falta de divulgación completa por parte del Ministerio.

El resultado en ambos casos sería similar: Fondedile tiene derecho a buscar compensación por los daños sufridos debido a la confianza de la información proporcionada (o no proporcionada) por el Ministerio. Esta comparación demuestra cómo, a pesar de las diferencias en los sistemas legales de donde provienen la CIC y el *misrepresentation*, los principios fundamentales de justicia, equidad y responsabilidad precontractual pueden llevar a resultados comparables en casos similares.

c) El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado actuó de mala fe durante las negociaciones precontractuales, y que esa mala fe socavó la confianza necesaria para el éxito de la relación contractual.

Varias de las autoridades encontradas son pertinentes para nuestra investigación, por ejemplo, el caso de *Rumbley v. State Farm Fire & Cas. Co.*, Civil Action 3:21-CV-209-KHJ-MTP (S.D. Miss. Apr. 28, 2022)[1043] analiza una demanda por mala fe en el contexto de una disputa contractual, que puede ser útil para determinar si el Ministerio de Infraestructura y Transporte de Italia es responsable de la responsabilidad precontractual.

El caso de *Burk Holding Co. v. Mt. Hawley Ins. Co.*, Civil Action 22-3503 (E.D. La. Jan. 13, 2023)[1044] analiza la aplicabilidad de una cláusula

1043 Roderic Rumbley presentó una reclamación de seguro ante State Farm Fire & Casualty Company después de que su casa sufriera daños en una tormenta de granizo. El techo de Rumbley resultó dañado, con la mayor parte del daño en las partes inclinadas del techo. El estimado inicial de State Farm para las reparaciones era de $9,136.41, pero Rumbley contrató a un contratista que proporcionó un estimado alternativo de $41,731.02. Rumbley informó a State Farm que la Ciudad de Madison prohibió el reemplazo de tejas sin reemplazar toda la pendiente, lo que llevó a State Farm a generar una segunda estimación de $28,951.52. Rumbley contrató a dos contratistas adicionales que estimaron que los costos de reparación eran significativamente más altos. Rumbley invocó la cláusula de tasación en su póliza, pero State Farm se negó a participar en el proceso de tasación cooperativa. Rumbley presentó una demanda contra State Farm, alegando incumplimiento de contrato, incumplimiento del deber de buena fe y trato justo, negligencia y responsabilidad indirecta. El tribunal discute la disputa sobre si State Farm incumplió el contrato y niega el juicio sumario sobre el reclamo por incumplimiento de contrato, pero otorga un juicio sumario sobre el reclamo de mala fe.

1044 La Acción Civil 22-3503, *Burk Holding Co. v. Mt. Hawley Ins. Co.*, se decidió el 13 de enero de 2023 en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Luisiana. Burk alega que Mt. Hawley "pagó muy mal la reclamación" y "negó indebidamente la cobertura" por los daños causados por el huracán Ida. Burk presentó una queja alegando incumplimiento del contrato de seguro y mala fe, de conformidad con La. Stat. Ann. §§ 22:1973 y 22:1892.5. Mt. Hawley buscó transferir la acción al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York basándose en una cláusula de selección de foro en la póliza, que establece que cualquier litigio contra la compañía debe iniciarse en Nueva York. Burk argumentó que la cláusula de selección de foro era ambigua, no abarcaba todas las reclamaciones y estaba en contra de la política pública de Luisiana. Sin embargo, el tribunal consideró que la cláusula de selección de foro era inequívoca y obligatoria, y que las reclamaciones de Burk estaban dentro del alcance de la cláusula. El tribunal también concluyó que la cláusula de selección de foro no violaba la política pública y concedió la moción para transferir el lugar.

de selección de foro, que podría ser información de fondo útil para la solicitud de investigación.

El caso de *Cd. Barnes Associates v. Grand Haven Hideaway*, 406 F. Supp. 2d 801 (W.D. Mich. 2005)[1045] discute la aplicabilidad de la Ley de Disputas Contractuales a las reclamaciones contra el gobierno,[1046]

1045 Seguido por *Wilkey v. Golden Feather Realty Services, Inc.*, No. 1:06-cv-72 (E.D. Tenn. Aug. 25, 2006); *Cathedral Square Partners Ltd. P'ship v. South Dakota Hous. Dev. Auth.*, 875 F. Supp. 2d 952 (D.S.D. 2012); *Fenix Constructors, Inc. v. Jackson*, No. 07-CV-712-TCK-SAJ (N.D. Okla. Mar. 19, 2009); *Jackson Land Holding Co. v. City of Detroit*, No. 328418 (Mich. Ct. App. Dec. 13, 2016); *Willowood Care Center of Brunswick Inc. v. Donovan*, No. 1:09 CV 2782 (N.D. Ohio Oct. 18, 2010); *C.D. Barnes Associates, Inc. v. GHHLP*, No. 1:04-CV-850 (W.D. Mich. Sep. 30, 2008); *Airadigm Communications, Inc. v. F.C.C.*, 372 B.R. 894 (Bankr. W.D. Wis. 2006).

1046 Aquí se analiza un caso relacionado con la construcción de un proyecto de viviendas multifamiliares conocido como Grand Haven Hideaway en Lakeshore Drive. El caso es entre Cd. Barnes Associates (el demandante y contratista general del proyecto) y Grand Haven Hideaway (el demandado y propietario/desarrollador del proyecto). El caso surgió después de que Grand Haven Hideaway incumpliera con el pago de un préstamo de Centennial Mortgage, que estaba asegurado por el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos (HUD). Barnes Associates presentó una demanda en el Tribunal de Circuito del Condado de Ottawa para ejecutar su gravamen de construcción, y luego enmendó la demanda para nombrar al Secretario de HUD como demandado. El Secretario de HUD trasladó el caso al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, W.D. Michigan. HUD finalmente ejecutó la hipoteca y depositó las ganancias de la ejecución hipotecaria con el Secretario del Tribunal. El Secretario de HUD presentó una moción solicitando un juicio sumario con respecto a la demanda de ejecución hipotecaria y las reclamaciones cruzadas, y la desestimación de las reclamaciones restantes por falta de jurisdicción en la materia. El tribunal otorgó un juicio sumario al Secretario con respecto a la demanda de ejecución hipotecaria y las demandas cruzadas, pero rechazó la moción para desestimar las reclamaciones restantes. El caso también analiza la aplicación de la ley estatal frente a la federal para determinar la prioridad de los gravámenes, concluyendo que la regla federal de "primero en el tiempo" se aplica en este caso. Además, el caso aborda el argumento del Secretario de HUD de que las reclamaciones restantes de C.D. Barnes están prohibidas por la inmunidad soberana, así como la moción del Secretario para desestimar la reclamación de misrepresentación. El caso también analiza los reclamos de terceros beneficiarios y equitativos de C.D. Barnes, la aplicabilidad de la Ley de Disputas Contractuales (CDA) al caso y la cuestión de si una cláusula de "demandar y ser demandado" renuncia a la inmunidad soberana en las demandas contra HUD. En última instancia, el tribunal concluye que la CDA no es aplicable a las reclamaciones de C.D. Barnes, que la cláusula de "demandar y ser demandado" renuncia a la inmunidad soberana, y que el Secretario tiene el

y el efecto de una cláusula de "demandar y ser demandado" en la inmunidad soberana. Esta facultad es pertinente para la solicitud de investigación, pero no aborda directamente la cuestión de la responsabilidad precontractual por negociaciones de mala fe.

Finalmente, el caso de *Mansha Consulting LLC v. Alakai*, 236 F. Supp. 3d 1267 (D. Haw. 2017)[1047] es útil para la discusión de la distinción entre derecho de responsabilidad civil y derecho contractual, y el requisito de que una reclamación de responsabilidad extracontractual debe alegar un deber reconocido independientemente por el derecho de responsabilidad civil.[1048]

---

control de un fondo del que se puede satisfacer cualquier sentencia a favor de C.D. Barnes.

1047 Seguido por *United States v. Sandwich Isles Commc'ns*, Civ. 18-00145 JMS-RT (D. Haw. Aug. 31, 2023); *Dural v. Sunia*, Civ. 21-00461 HG-WRP (D. Haw. Nov. 9, 2023); *Dural v. City of Honolulu*, Civ. 21-00461 HG-WRP (D. Haw. June 22, 2023); *Nicol v. Kaanapali Golf Estates Cmty. Ass'n*, CIV. 17-00251 JMS-KJM (D. Haw. Sep. 3, 2021); *Vergara v. Skyline ULTD Inc.*, CIVIL No. 19-00564 SOM/RT (D. Haw. Dec. 9, 2019).

1048 Mansha Consulting LLC presentó una demanda contra Cliff Alakai, Jeffrey Kissel y Tom Matsuda por negligencia e incumplimiento del deber fiduciario, alegando que los demandados manejaron mal los pagos de facturas y causaron que Mansha perdiera millones de dólares. Matsuda, Kissel y Alakai presuntamente no tomaron las medidas adecuadas para resolver el problema, y Matsuda y Kissel proporcionaron garantías engañosas a Mansha. Los demandados presentaron mociones para desestimar la demanda, que el tribunal concedió. Sin embargo, el tribunal rechazó la moción de desestimación de Matsuda sobre la base de que la demanda por negligencia había prescrito. En última instancia, el tribunal desestimó la demanda por negligencia de Mansha porque la conducta alegada sólo invocaba los deberes derivados del contrato entre HHC y Mansha, y desestimó la demanda por incumplimiento del deber fiduciario porque no se aplicaba la doctrina del fondo fiduciario. El tribunal también dictaminó que Alakai no podía ser considerado responsable en virtud de la doctrina del fondo fiduciario debido a la falta de pruebas de negligencia grave.

6.5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A. *Tacconi Spa v. HWS*[1049]

a) Antecedentes del Caso

Este caso fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero revolvió en torno a la ley italiana sobre responsabilidad precontractual.

En este caso, donde Tacconi demanda una indemnización como reparación del perjuicio que afirma haber sufrido como consecuencia de que la demandada incumpliera las obligaciones de buena fe en el tramo precontractual o negocial previo a un contrato. En efecto, en la Convención de Bruselas,[1050] del 27 de Setiembre de 1968, dice en su artículo 5 numeral 3:

> **Artículo 5** Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 3. en materia delictual o cuasidelictual, **ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso**;

En este caso, la ley que se aplica es la ley donde se produce el daño y no donde se origina el daño. Los hechos son así: El 23 de enero de 1996, Tacconi demandó a HWS ante el *Tribunale di Perugia* con el fin de que se declarara que HWS y la sociedad de arrendamiento financiero B.N. *Commercio e Finanza Spa* ("BN") no

1049 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002.*

1050 Convención de Bruselas, 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la Republica Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

habían celebrado un contrato de venta de una fundidora automática que HWS se comprometió a vender a BN, siendo así que BN y Tacconi ya habían celebrado, con consentimiento de HWS, un contrato de arrendamiento financiero que tenía por objeto la citada fundidora automática. Ante la negativa injustificada de HWS de vender tal maquinaria a BN, ésta se vio imposibilitada de completar el contrato de arrendamiento con Tacconi. Según Tacconi, no se había celebrado el contrato entre HWS y BN debido a la negativa injustificada de HWS a proceder a la venta y, por consiguiente, debido al incumplimiento por la citada sociedad de las obligaciones de lealtad y buena fe que debe observar. De esta forma, HWS defraudó la confianza legitima de Tacconi, que había contado con que se celebrara el contrato de venta. Por ende, Tacconi solicitaba que se condenara a HWS a reparar todos los perjuicios que supuestamente le había irrogado, perjuicio cuyo importe evaluaba en 3000 millones de liras italianas.

Según Tacconi, la ley a aplicar (de acuerdo al numeral 3 del artículo 5 de la Convención de Bruselas) era la del lugar donde se produjo el daño, en este caso el daño se produjo en Italia, por la negativa de HWS de vender la maquinaria automática a BN que le arrendaba al demandante. El Tribunal resolvió a favor de Tacconi, diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual. Al usar la ley del lugar donde se producía el daño (Italia), entonces Tacconi pudo invocar el artículo 1337 del CC que expone que las partes tienen la obligación de negociar de buena fe y en este caso HWS no había actuado de buena fe de acuerdo a la normatividad del RINP italiano.

Se plantea una cuestión previa para ver si se aplicaba el numeral 3ro del artículo 5 de la Convención de Bruselas, arriba reseñado, que versa sobre responsabilidad extracontractual, o si se debía aplicar el numeral 1ro del artículo 5to que dice:

> Artículo 5: Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. en materia contractual, ante el **tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda**; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador(1);

Entonces, la cuestión previa debía resolver primero si se iba a aplicar la ley del lugar donde se hubiere cumplido la obligación, o la ley donde se produjo el daño.

El Tribunal resolvió diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual, y con motivo de ello afirma (*Tacconi v. HWS*):

> En circunstancias como las del asunto principal, caracterizado por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y por la eventual infracción de normas jurídicas, **en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5, número 3, del Convenio de 27 de septiembre de 1968** sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil

> y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

Con ello queda aclarado que, para este cuerpo legal, la responsabilidad precontractual está comprendida dentro del sistema extracontractual y no en el contractual.

b) Análisis del Caso

Desde el punto de vista de la responsabilidad contractual se podría llegar al mismo resultado sin necesidad de utilizar la legislación italiana de responsabilidad precontractual que dice que la negativa de HWS de vender la maquinaria a BN es una forma de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, porque no hay negociaciones preliminares sino un incumplimiento de un contrato ya celebrado.

En el caso HWS celebra el contrato con BN con pleno conocimiento que la maquinaria a venderse sería utilizada por un tercero, en calidad de arrendamiento, a Tacconi. Cuando HWS incumple sus obligaciones contractuales, el perjuicio a BN y Tacconi es contractual, no extracontractual o precontractual.

c) El Caso en el Sistema del Common Law

Tacconi puede tener varias causas potenciales de acción contra BN, incluido el incumplimiento de contrato, la inducción fraudulenta y la misrepresentación fraudulenta.

En primer lugar, Tacconi puede presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra BN. Como deja claro el caso

Smart Oil, LLC v. DW Mazel, LLC, 970 F.3d 856 (7th Cir. 2020),[1051] los elementos esenciales de una reclamación por incumplimiento de contrato incluyen: (1) un contrato válido, (2) el cumplimiento o excusa del demandante por incumplimiento, (3) el incumplimiento del demandado y (4) los daños resultantes.[1052] En este caso, Tacconi y BN celebraron un contrato válido, y Tacconi parece haber cumplido sus obligaciones. Sin embargo, BN no cumplió con su obligación de arrendar la máquina a Tacconi, lo que probablemente constituye un incumplimiento. Tacconi puede demostrar daños como resultado de este incumplimiento.

1051 Seguido por *Life Spine, Inc. v. Aegis Spine, Inc.*, 19 CV 7092 (N.D. Ill. Jan. 30, 2023); *Sada 2400 Ogden, LLC v. 2400 Ogden Ave. 10041667 LLC*, No. 20 C 4224 (N.D. Ill. Mar. 2, 2021); *REXA, Inc. v. Chester*, 42 F.4th 652 (7th Cir. 2022); *BMO Harris Bank v. Singh*, 1:23-cv-00067-BAM (E.D. Cal. May 3, 2023); *Aion Acquisition LLC v. Dexter Axle Co.*, 19 C 4342 (N.D. Ill. Mar. 31, 2023); *Saleh v. Merchant*, No. 14-CV-09186 (N.D. Ill. Mar. 30, 2023); *SMS Fin. Recovery Servs. v. Canelo*, 21-cv-04000 (N.D. Ill. Feb. 22, 2023); *The Bancorp Bank v. Metro. Diagnostic Imaging, Inc.*, 20 C 1841 (N.D. Ill. Feb. 7, 2023); *Gunn v. Cont'l Cas. Co.*, 622 F. Supp. 3d 694 (N.D. Ill. 2022); *Cont'l Glass Sales & Inv. Corp v. First Finish, LLC*, 21-cv-6734 (N.D. Ill. May 23, 2022); *Brown v. Cont'l Cas. Co.*, 591 F. Supp. 3d 340 (N.D. Ill. 2022); *Morgan St. Partners, LLC v. Chi. Climbing Gym Co.*, 20-cv-4468 (N.D. Ill. Mar. 1, 2022); *Larry Trover Produce, Inc. v. Nutrien AG Sols.*, 3:21-cv-1035-JPG (S.D. Ill. Feb. 28, 2022); *Budzyn v. KFC Corp.*, 21 C 4152 (N.D. Ill. Feb. 28, 2022); *Symbria, Inc. v. Callen*, 20-cv-4084 (N.D. Ill. Jan. 6, 2022); *O'Connor v. Ford Motor Co.*, 567 F. Supp. 3d 915 (N.D. Ill. 2021); *Cullotta v. United Surgical Partners Int'l, Inc.*, 19-cv-06490 (N.D. Ill. Aug. 3, 2021); *PeopleFlo Manufacturing, Inc. v. Sundyne, LLC*, 20 CV 3642 (N.D. Ill. July 23, 2021); *Clark v. Fid. Commercial LLP*, No. 18-CV-1967-SMY (S.D. Ill. June 16, 2021); *Sirius Comput. Sols. v. Sachs*, No. 20-cv-1432 (N.D. Ill. Apr. 22, 2021); *Artisan & Truckers Cas. Co. v. Neron Logistics LLC*, No. 18-CV-2220-SMY (S.D. Ill. Feb. 12, 2021); *Cent. Tower Exch. Corp. v. German Motor Parts GmbH*, 518 F. Supp. 3d 1233 (C.D. Ill. 2021); *Albright v. Starwood Retail Partners*, No. 20 CV 4552 (N.D. Ill. Feb. 9, 2021); *Engineered Abrasives, Inc. v. Richerme*, No. 18 C 6562 (N.D. Ill. Sep. 8, 2020).

1052 Smart Oil, LLC y DW Mazel, LLC celebraron un acuerdo para la venta de treinta parcelas de bienes inmuebles. DWM no realizó los dos depósitos requeridos, lo que llevó a Smart Oil a demandar por incumplimiento de contrato. DWM presentó una demanda reconvencional, alegando incumplimiento de contrato e inducción fraudulenta por parte de Smart Oil. El tribunal de distrito falló a favor de Smart Oil, encontrando que DWM incumplió el acuerdo y que la cláusula de daños liquidados era ejecutable. El tribunal también desestimó la demanda de inducción fraudulenta de DWM como cuestión de derecho. DWM apeló la decision.

En segundo lugar, Tacconi puede hacer valer reclamaciones por incentivos fraudulentos y tergiversación fraudulenta contra BN. Como explica el caso *Hitachi Data Sys. Credit Corp. v. Precision Discovery, Inc.*, 331 F. Supp. 3d 130 (S.D.N.Y. 2018),[1053] para presentar un reclamo de inducción fraudulenta o tergiversación fraudulenta, un demandante debe alegar que: (1) el demandado hizo una declaración falsa material, (2) el demandado tenía la intención de defraudar al demandante, (3) el demandante confió razonablemente en la representación, y (4) el demandante sufrió daños como resultado.[1054] En este caso, BN puede haber hecho una declaración falsa cuando

1053 Seguido por *Sharbat v. Iovance Biotherapeutics, Inc.*, 20 Civ. 1391 (ER) (S.D.N.Y. Mar. 26, 2021); *Bayshore Capital Advisors, LLC v. Creative Wealth Media Fin. Corp.*, 22-CV-1105 (KMK) (S.D.N.Y. Mar. 31, 2023); *J.T. v. de Blasio*, 500 F. Supp. 3d 137 (S.D.N.Y. 2020); *Precision Wellness, LLC v. Demetech Corp.*, 21-CV-01244 (JMA) (ARL) (E.D.N.Y. Mar. 30, 2022); *ILKB, LLC v. Singh*, 20-CV-4201 (ARR) (SJB) (E.D.N.Y. Aug. 12, 2021); *Cognizant Worldwide Ltd. v. Barrett Bus. Servs.*, No. C19-1848-JCC (W.D. Wash. Apr. 27, 2021); *In re Aegean Marine Petroleum Network, Inc.* Secs. Litig., 529 F. Supp. 3d 111 (S.D.N.Y. 2021); *White v. Abney*, 17-cv-4286 (EK)(RER) (E.D.N.Y. Sep. 30, 2020); *Manchanda v. Navient Student Loans*, 19cv5121 (S.D.N.Y. Sep. 29, 2020); *Powers-Barnhard v. Butler*, 5:19-cv-01208 (BKS/ATB) (N.D.N.Y. Aug. 21, 2020); *Khan v. W. Express Inc.*, 20-CV-1290 (RPK) (RML) (E.D.N.Y. Aug. 12, 2020); *Sullivan v. Walker Constr., Inc.*, 18-cv-09870 (AJN) (S.D.N.Y. May 7, 2019); *SPV Osus Ltd. v. Unicredit Bank Austria*, 18-cv-3497 (AJN) (S.D.N.Y. Mar. 30, 2019); *Bakken Res., Inc. v. Edington*, 15 Civ. 8686 (ALC) (S.D.N.Y. Mar. 29, 2019).

1054 Hitachi Data Systems Credit Corporation (HDSCC) presentó una demanda por incumplimiento de contrato contra Precision Discovery, Inc. por no realizar los pagos mensuales del alquiler. Precision respondió con nueve contrademandas y reclamos de terceros, alegando que el contrato era una farsa y que HDSCC, Cold Creek Solutions, Inc. e Hitachi Vantara Corporation conspiraron para obtener el acuerdo de Precision a través de medios inapropiados. Sin embargo, el tribunal desestimó las reclamaciones de terceros contra Hitachi Vantara y Cold Creek debido a la falta de jurisdicción personal, así como la demanda civil RICO de Precision por no presentar una reclamación válida. El tribunal también desestimó las reclamaciones de Precision de inducción fraudulenta y misrepresentación fraudulenta contra HDSCC debido a un descargo de responsabilidad en el contrato de arrendamiento. En última instancia, el tribunal desestimó las demandas civiles de fraude y RICO de Precision contra HDSCC, así como la demanda civil de conspiración, por falta de pruebas. Además, el tribunal desestimó las demandas por incumplimiento del pacto implícito de buena fe y trato justo, conversión y enriquecimiento injusto. El caso volvió a ser una acción por incumplimiento de contrato entre HDSCC y Precision.

celebró el contrato con Tacconi, a sabiendas de que no podría cumplir con sus obligaciones. Tacconi puede demostrar que confió razonablemente en la representación de BN y sufrió daños como resultado.

Por último, Tacconi puede tener una demanda por enriquecimiento injusto contra BN. Como *Buckles Management, LLC v. Investordigs, LLC*, 728 F. Supp. 2d 1145 (D. Colo. 2010)[1055] explica que el enriquecimiento injusto ocurre cuando una parte recibe un beneficio a expensas de otra parte, y sería injusto permitir que el receptor retenga el beneficio.[1056] En este caso, BN puede haber recibido un beneficio al celebrar el contrato con Tacconi, aunque no

---

1055 Seguido por Mystic Retreat Med Spa & Weight Loss Ctr. v. Ascentium Capital, LLC, 1:21cv00515 (M.D.N.C. Jan. 23, 2023); *Complete Entm't Res., LLC v. Bianchi*, Civil Action No. 14-cv-03388-MSK-MJW (D. Colo. Feb. 2, 2016); *Warming Trends LLC v. Stone*, Civil 19-cv-03027-PAB-STV (D. Colo. Mar. 30, 2023); *Millennium Funding, Inc. v. Private Internet Access, Inc.*, Civil Action 21-cv-01261-NYW-SKC (D. Colo. Oct. 13, 2022); *G.W. v. Boulder Valley Sch. Dist.*, Civil Action No. 16-cv-00374-PAB-SKC (D. Colo. Sep. 18, 2019); *Birch v. Polaris Indus. Inc.*, No. 2:13-cv-00633 (D. Utah Mar. 19, 2015).

1056 Caso Civil No. 10-cv-00508-LTB-BNB en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, D. Colorado, Buckles Management, LLC v. Investordigs, LLC, gira en torno a disputas sobre la caracterización de los fondos y un contrato de arrendamiento. Los demandantes alegan que los fondos eran préstamos, mientras que los demandados afirman que eran para la compra de participaciones en la propiedad. Además, los demandantes argumentan que los demandados no pagaron todas las cantidades adeudadas en virtud de un contrato de arrendamiento. Los demandantes solicitan la ejecución de un acuerdo de conciliación, así como daños y perjuicios por incumplimiento de los préstamos y el contrato de arrendamiento, enriquecimiento injusto y contabilidad. Los demandados han presentado una contrademanda por incumplimiento de contrato, enriquecimiento injusto, misrepresentación negligente, incumplimiento del deber fiduciario y fraude/misrepresentación falsa. Los demandados argumentan que el Estatuto de Fraudes de Colorado anula el supuesto acuerdo de conciliación, pero el tribunal les ha permitido plantear esta defensa a pesar de no alegarla en su respuesta. Los demandantes sostienen que un intercambio de correos electrónicos satisface el requisito de redacción de la ley de fraudes y evidencia el consentimiento mutuo a los términos del acuerdo. El tribunal ha determinado que el intercambio de correos electrónicos puede satisfacer el requisito de la escritura.

haya cumplido con sus obligaciones. Puede ser injusto permitir que BN conserve este beneficio.

Como vemos, Tacconi tienen muchas posibilidades de accionar contra BN o HWS ya sea por incumplimiento de contrato, misrepresentación fraudulenta o enriquecimiento injusto bajo el sistema del common law.

7. CONCLUSIONES

1. En el *common law* americano, en casos de misrepresentación en contratos, la consecuencia principal es la rescisión del contrato, siempre y cuando se pueda demostrar que la misrepresentación era sustancial o fraudulenta. Sin embargo, cuando una demanda se basa en el Segundo Restatement de Torts, es necesario que la representación sea necesariamente fraudulenta y sustancial, ya que se busca recuperar daños y perjuicios en ese contexto.
2. En casos de *misrepresentation* o falsedad fraudulenta, es importante destacar que de manera constante se subraya la necesidad de establecer una representación, falsedad y su relevancia en función de la intención de engañar (mala fe, dolo). Además, estos casos resaltan la importancia de demostrar que el promisor tenía conocimiento de la falsedad o desconocimiento de la verdad, junto con la intención de engañar. Por último, se hace hincapié en la necesidad de comprobar que el promisario se basó en la *misrepresentation* o falsedad y sufrió daños como consecuencia de ello.
3. En el caso de *misrepresentation* o falsedad negligente, los casos enfatizan de manera similar la necesidad de establecer una *misrepresentation* o falsedad u omisión de un hecho, su materialidad y la falta de cuidado razonable por parte del promitente. Los casos también enfatizan la importancia de

demostrar que el demandante se basó razonablemente en la *misrepresentation* o falsedad u omisión y sufrió daños como resultado.

4. La CIC (*Culpa in contrahendo*) es semejante con la noción de "*misrepresentation*" en el common law. El deber de protección se considera idéntico en ambas figuras, ya que se refiere al deber de cuidado en el derecho civil, que está completamente incorporado en el sistema de responsabilidad extracontractual del common law.
5. El deber de informar tiene raíces en el Digesto y está respaldado por la legislación comparada en el derecho civil y el common law. En el *common law*, el principio del "caveat emptor" se ha modificado para proteger al consumidor, y la "*misrepresentation*" desempeña un papel fundamental en esta protección.
6. La tercera faceta de la CIC, la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), ha evolucionado para incorporar el concepto de buena fe y la "mala fe" en casos de desinformación, ocultación de información o dolo en la transmisión de promesas. La RINP se asemeja a la "*misrepresentation*" fraudulenta en el *common law*, donde se requiere demostrar una representación intencionalmente engañosa y, por lo tanto, el dolo o la mala fe en la declaración.
7. En general, existe una similitud significativa o semejanza entre la RINP en el *civil law* y la "*misrepresentation*" en el *common law* en términos de la necesidad de demostrar la mala fe y el engaño en la representación para establecer la responsabilidad. Esta similitud se destaca en casos de responsabilidad extracontractual en ambos sistemas legales.
8. En resumen, la teoría original de la diligencia in contrahendo, propuesta por Ihering, se centraba en la responsabilidad del

promitente por no actuar diligentemente en las negociaciones preliminares. Sin embargo, después de Ihering, la doctrina amplió esta idea y la convirtió en un concepto de *dolo in contrahendo* o una ruptura *maliciosa* de las negociaciones preliminares. Esto implicó que, en lugar de la culpa, se requería demostrar la existencia de mala fe o dolo por parte del promitente, ya que se presumía la buena fe en las negociaciones. En consecuencia, el dolo reemplazó a la culpa y exigió que el demandante demostrara la intención engañosa.

9. En la práctica, se llegó a una comparación casi idéntica entre la *Culpa in contrahendo* (CIC) y esta figura de la misrepresentación engañosa o dolosa, especialmente al analizar los casos de Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP) desde la perspectiva del promisario engañado.

10. Efectivamente, la figura de la CIC en relación con la omisión de informar cuando existe una obligación de hacerlo está estrechamente relacionada con la figura de la *misrepresentation*, incluso en la tercera vertiente del dolo *in contrahendo* (ruptura maliciosa de negociaciones preliminares). Esta doctrina guarda similitudes con la teoría de la *misrepresentation* en el *common law*, tanto en la segunda como en la tercera vertiente de la CIC.

11. Conclusiones con respecto a la jurisprudencia del civil law

    A) En España:

        a. El RINP (o CIC como lo sostiene la jurisprudencia) se basa en dos elementos: 1). Ruptura injustificada de negociaciones preliminares. 2) De mala fe del demandado, que es una condición *sine qua nom* para que actúe la responsabilidad precontractual (ya que la buena fe se presume).

        b. El RINP (CIC) es parte de la responsabilidad extracontractual del numeral 1902 del CCE (no dañar a

terceros: *non ladere*) que se embebe del artículo 7 del CCE (obligación de ejercitar los derechos de buena fe).

c. Solamente se puede accionar para peticionar un interés negativo, no positivo, a diferencia del PE que puede demandar un interés positivo cuando el demandante pueda probar los daños con un grado de certeza razonable.

d. El caso Vizcaya es una espléndida sentencia porque se enfoca en el "reliance" (confianza) del demandante, y no en la probanza de la "buena fe" de la responsabilidad aquiliana. Con ello, tal sentencia parece ser un reflejo de Hoffman, que usa la doctrina del PE.

B) En Alemania:

a. El deber de brindar información en la etapa precontractual, al amparo del numeral 311 del BGB, imbuido del principio de buena fe a la luz del numeral 242 del BGB, ha sido receptado por la jurisprudencia alemana dentro de la doctrina de la *culpa in contrahendo*.

b. En cuanto a la Sentencia V ZR 264/05, esta resolución es por demás interesante porque pone el tema de la CIC en el tramado precontractual de manera cuestionable. Si la buena fe es la motora de las negociaciones preliminares, imbuidas del deber de brindar información a la otra parte (y no solamente de negociar de buena fe) y de no ocultar errores que pueden tener un impacto negativo en la toma de decisiones del comprador, entonces no se entiende cómo la resolución en cuestión impone al demandante la carga de probar por qué las partes tendrían la obligación de divulgar información en la parte precontractual, cuando la doctrina del CIC impone esta obligación de

manera imperativa por operatividad del orden público, es decir, por mandato de la propia doctrina positivizada en la ley civil. Esto es sin duda una contradicción a la doctrina de la CIC.

c. En el caso de la sentencia sobre licitación (El Caso de una Licitación Interrumpida. Sentencia X ZR 19/02), el Tribunal Federal arriba a una conclusión insatisfactoria. En esta sentencia el Tribunal Federal desestimó la demanda basada en CIC por ruptura de negociaciones preliminares, porque entendió que el demandante fue rechazado por la ciudad porque su propuesta no tuvo los requisitos que la ley de licitación contemplaba y entonces la oferta quedó excluida. Al hacer prevalecer el elemento formal en la etapa precontractual, la responsabilidad precontractual quedaba totalmente excluida y eximida, tanto en el interés positivo como negativo. El PE se habría enfocado en el *detrimental reliance* y alcanzar un resultado más justo (toda vez que el agente de la ciudad declaró que dio informalmente luz verde al demandante a edificar la escalera).

d. En los casos de RINP, la Corte no considera la confianza razonable (*detrimental reliance*) sino solamente la culpa derivada de la violación de un deber de cuidado en el contexto de la violación a una norma de orden público sobre licitaciones (Sentencia X ZR 143/10 sobre cobro de honorarios legales por parte de un licitador contra la solicitante).

C) En Francia: Tres puntos interesantes a resaltar de estas sentencias:

a. Se equipara la CIC por responsabilidad precontractual con el tema de la responsabilidad extracontractual.

b. El otro tema a destacar es que la obligación de proporcionar información y su consecuente doctrina es concomitante con la teoría del *misrepresentation* del common law.

c. El tercer punto de la Corte es poner en los hombros de la parte demandante la obligación de la diligencia adecuada al momento de contratar.

D) En Italia:

a. La responsabilidad contractual se considera como un "contacto social calificado", entendida como un hecho capaz de producir obligaciones, al amparo de los numerales 1337 y 1338 del CCI, que prescriben obligaciones recíprocas de buena fe, protección e información. La responsabilidad precontractual puede ser considerada como responsabilidad contractual por "contacto social cualificado". Esta responsabilidad se basa en la violación de la buena fe en las negociaciones y genera obligaciones de protección mutua entre las partes, y se aparta de la responsabilidad extracontractual (que prohíbe el dañar a terceros, *neminem laedere*[1057]).

b. En resumen, la responsabilidad precontractual se basa en una relación de confianza y obligaciones de protección, y ya no se la considera como una parte de responsabilidad extracontractual sino como cuasicontractual, es decir como un hecho generador de obligaciones, a partir del numeral 1173 CCI.

1057 Como recordamos, este principio de neminem laedere significa "no dañar a nadie". (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 972).

c. Pese a que la jurisprudencia trata de sacudir a la CIC de su pelaje extracontractual, la naturaleza de la RP sigue rondando en torno a la obligación reciproca de las partes en la etapa negocial de negociar de acuerdo a los deberes de buena fe, protección, vigilancia, e información. Con esta obligación la CIC siguen como responsabilidad extracontractual (*tort*) por mejores deseos que la jurisprudencia tenga de tratar de alejar a la CIC de los entresijos de los *torts* (responsabilidad aquiliana por "*neminem laedere*").

12 Como hemos visto del estudio antecedente de casos, no todas las promesas del promitente sobre las cuales confía el demandante (promisario) son susceptibles de cobertura jurídica a menos que se prueba la mala fe del promitente, puesto que la buena fe se presume. Este elemento de probanza (mala fe) es oneroso y concomitante con la figura del fraude y la *misrepresentation*, ya de por sí difícil de probar. De manera que el PE, que no se impregnó de ninguna figura como la buena fe/mala fe (que la dejó al dominio exclusivo del *misrepresentation* o del fraude) resulta más ágil, menos gravosa y más eficiente al momento de plantear una demanda en los tribunales judiciales.

Capítulo IV

LA CONSIDERACION COMO PRELUDIO DEL *PROMISSORY ESTOPPEL* ("PE")

1. Antecedente histórico de la consideración: las acciones civiles. 1.1. La acción del pacto "Covenant". 1.2. La acción sobre la deuda (*Writ of Debt*). 1.3. La acción de Assumpsit. 2. La consideración como teoría del intercambio o contraprestación. 2.1. Aproximación preliminar de la consideración. 2.2. La teoría de la inducción convencional recíproca de la consideración de frente a los modelos contractuales de la reciprocidad (Holmes y Williston). 2.3. La teoría de la consideración de Holmes en la práctica judicial. 2.4. Los errores de cálculo de Williston. 2.5. La teoría de la consideración de Williston en la práctica judicial. 2.6. La consideración frente al beneficio del promitente o el detrimento del aceptante. 2.7. Enfoque convencionalista de la consideración. 2.8. Teorías redistribucionistas de la consideración. 3. Críticas a la teoría de la consideración. 3.1. Críticas a la teoría de la reciprocidad entre la consideración y la promesa. 3.2. Críticas a los orígenes de la consideración: un error de interpretación de una norma de orden público. 3.3. Crítica a la consideración frente a los modelos contractuales. 4. Limitaciones de la teoría de la consideración. 4.1. La consideración frente al caso de un beneficio pasado. 4.2. La obligación moral no es reconocida como consideración. 4.3. La regla de la obligación preexistente frente a las modificaciones de los contratos. 4.4. Promesas gratuitas (donaciones) sin consideración. 5. Soluciones a las falencias de la consideración. 5.1. El enriquecimiento injusto frente a la consideración: tesis restitutorias. 5.2. Reforma judicial de la regla de la obligación preexistente. 5.3. Modificaciones de los contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración. 5.4. ¿Podría la consideración convivir con el *detrimental reliance*?: Sección 75 vs. Sección 90 del Segundo Restatement. 5.5. El *detrimental reliance* como respuesta a las falencias de la consideración. 5.6. Hacia una nueva teoría contractual de cara a la responsabilidad precontractual. 6. Conclusiones.

1. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA CONSIDERACIÓN: LAS ACCIONES CIVILES

Para comprender el punto de partida del *Promissory estoppel* ("PE"), resulta esencial abordar el concepto[1058] de consideración,[1059] ya que ambas doctrinas están intrínsecamente relacionadas.[1060] Con el declive[1061] de la consideración[1062] como el principal impulsor de las relaciones contractuales,[1063] surge el PE como una nueva

1058 Pound (1922) sostiene que la teoría de la consideración no está bien definida y que no es una buena base para el derecho de contratos (pp. 282-283).

1059 Corbin (1918) llama a la consideración un "concepto indefinido y nebuloso", y que es "intrínsecamente irrazonable" distinguir entre una promesa de desempeño futuro y el desempeño actual, con intentos "inarmónicos y no exitosos" de definirla (pp. 376-380). Por su parte, Distelhorst (1991) sostiene que la teoría de la consideración es demasiado estrecha y formalista, y que no toma en cuenta las implicaciones éticas y morales más amplias de los contratos (pp. 49 y ss.).

1060 Arnold (1976) discute varias teorías sobre la doctrina de la consideración. Una teoría es que la consideración es algo similar al motivo, y que requerir una indagación sobre si hay consideración es una forma de descubrir por qué se hizo la promesa. Otra teoría es que a los Canonistas les preocupaba la razón de una promesa porque si no había razón, se podía asumir que la promesa se hizo por error. Finalmente, otra teoría sostiene que la doctrina de la consideración es de naturaleza probatoria, siendo el motivo relevante para determinar si se hizo una promesa (pp. 990 y ss.). Por su parte, Ashley (1913) analiza varias teorías sobre la consideración. Una teoría sostiene que la consideración es principalmente una prueba de si se pretende un trato y que debe ser razonable. Otra teoría argumenta que la consideración es un elemento esencial de un contrato y que sin ella, no existe obligación legal (pp. 430-436).

1061 Powers (2002) sostiene que la teoría de la consideración puede conducir a inconsistencias y resultados ilógicos. Por ejemplo, puede penalizar a las personas por expresar gratitud o hacer promesas, mientras permite a otros escapar completamente de la compensación. Asimismo, argumenta que un enfoque basado en la restitución es más lógico y consistente (pp. 21-24).

1062 Este declive lo expone Engelskirchen (1997) de manera clara. El autor sugiere que muchos académicos argumentan que la doctrina de la consideración es ilógica, absurda o anacrónica. Algunos sugieren que debería ser abolida por completo, mientras que otros proponen una reforma (pp. 490 y ss.). En el mismo sentido, Leibman y Nathan (1987) consideran que la teoría de la consideración es "anacrónica" y un análisis de iniquidad (unconscionability) es preferible por varias razones (pp. 1552-1553).

1063 Ashley (1913) menciona que la doctrina de la consideración está siendo "modificada gradualmente" y que "es probable que el requisito técnico actual sea abolido por

perspectiva.[1064] Para contextualizar adecuadamente este declive de la consideración,[1065] es necesario explorar su significado[1066] y origen histórico.[1067] Por lo tanto, se vuelve fundamental sumergirse en una breve revisión histórica de la consideración antes de adentrarnos en el estudio del PE en el Capítulo V, y posteriormente, realizar una comparación con la CIC en el Anexo IV.

De modo que es necesario adentrarnos en la historia de la teoría de la consideración y entender de dónde nace esta doctrina, y para ello es importante rastrear la historia y el antecedente de las acciones civiles de Inglaterra[1068] en la Edad Media.[1069]

---

completo". Esto sugiere que la consideración es una teoría en declive (p. 429).

1064 Atiyah (1981) considera que el *estoppel* promisorio es uno de los "desarrollos de la ley posclásica" que impone responsabilidad por las pérdidas que no ocurrirían si no fuera por la confianza del demandante en el lenguaje o conducta del demandado (pp. 519-520).

1065 Este declive lo percibimos a la luz de la importancia de esta teoría en el seno contractual. Powers (2002) menciona que la doctrina de la consideración está "firmemente arraigada en el derecho contractual" (p. 46). De igual manera, Pryor (2005) afirma que la doctrina "sigue firmemente arraigada como un pilar fundamental del derecho de contratos", y que el Restatement of Contracts aún contiene muchas secciones que dependen de la doctrina de la consideración. Sin embargo, también señala que la teoría tiene "pocos defensores académicos hoy en día" y que el derecho común de contratos nunca ha adoptado la posición de que todas las promesas deberían ser legalmente cumplidas. Así que, aunque la consideración puede no ser tan popular como antes, sigue siendo una parte importante del derecho de contratos (pp. 39-41).

1066 Delong (1997) llama a la consideración una "doctrina artificial e infortunada" (p. 969).

1067 Según Ricks (1998) la teoría de la consideración parece ser que es difícil de definir con precisión. Algunos argumentan que tiene un significado más amplio que la doctrina basada en el "trato", mientras que otros dicen que es aún más amplia que la doctrina del beneficio/perjuicio (p. 694).

1068 Palmer (1989) indica que la acción de "assumpsit" es un tipo de acción legal que se originó en Inglaterra durante el período medieval tardío. Comenzó como una forma de transgresión (trespass), pero eventualmente evolucionó hacia una forma de derecho contractual (pp. 17-19).

1069 A este respecto, Corbin (1947) piensa que cada definición y cada doctrina están en constante proceso de variación evolutiva, y que no se puede decir que existe una correcta definición o que una decisión jurisprudencial que no esté de acuerdo con una doctrina es necesariamente errónea (p. 203).

El origen de la institución conocida en el *common law* como "consideración" es objeto de debate[1070] y estudio.[1071] Para Pollock (1902) "el nombre de Consideración aparece sólo a principios del siglo XVI,[1072] y no sabemos qué pasos tomó para convertirse en un término de arte establecido" (p. 170).[1073]

La consideración ha sido definida[1074] modernamente de muchas maneras,[1075] especialmente como el beneficio[1076] para el ofertante y el detrimento para el aceptante, pero una manera sencilla de

1070 Ashley (1913) argumenta que la doctrina de la consideración es innecesaria, a menudo produce una injusticia flagrante y se aplica de manera inconsistente. Además, el autor afirma que no hay una definición satisfactoria de "consideración" y que es difícil de entender (p. 436). En el mismo sentido, Dalton (1985) menciona el "debate de larga data sobre la naturaleza de la consideración" y cómo plantea "si el requisito es uno de forma o de sustancia" (pp. 997 y ss.). De igual forma, Mc Kendrick (2017) piensa que parece ser que los tribunales adoptan un enfoque inconsistente para la identificación de un beneficio o detrimento. Esta inconsistencia hace difícil predecir cuándo los tribunales encontrarán o 'inventarán' una consideración (p. 139).

1071 Arnold (1976) considera que la doctrina fue refinada con el tiempo y que es una forma de hacer que una promesa sea procesable (pp. 994-996).

1072 Palmer (1989) sostiene que la acción de "assumpsit" es un tipo de acción legal que surgió en los siglos XVI y XVII (pp. 17 y ss.).

1073 Arnold (1976) aborda en manuscrito los orígenes de la doctrina de la consideración, señalando que parece tener raíces en la noción "equitativa" de consideración de los siglos XV y XVI, así como en ideas Canónicas. Con el tiempo, la doctrina se refinó, comprendiéndose que una promesa podía ser consideración suficiente para otra promesa (pp. 990 y ss.).

1074 Para Engelskirchen (1997), definir la consideración es tarea harto ardua. La principal crítica a la teoría de la consideración es que es una palabra que se refiere a una familia de fenómenos sin ninguna característica esencial o estructura común a todos ellos. Esto dificulta dar una definición real de ella. Es decir, parece ser que no existe una doctrina coherente de consideración, y que es difícil llegar a una definición universalmente aceptada. Además, algunos académicos, piensa el autor, argumentan que la consideración simplemente se usa como una forma de distinguir entre promesas ejecutables y no ejecutables, en lugar de ser una condición necesaria para que una promesa sea vinculante (pp. 490 y ss.)

1075 Bernal Fandiño (2006) se refiere a la consideración como un "ejemplo célebre" de especificidad del derecho nacional (p. 241).

1076 En realidad, el "beneficio para el promitente" puede ser bastante amplio y subjetivo (Cfr. Pollock (1902, p. 275).

definir la consideración,[1077] la dio Blackstone (1766) cuando se refiere a los contratos estima que son acuerdos en los cuales existe un intercambio, que es mutuo y recíproco, ese algo o "esa cosa, que es precio o motivo del contrato, llamamos consideración, y debe ser de por sí lícito" (p. 444), quien la entiende como la razón por la cual una parte se obliga frente a otra a dar, hacer, o no dar u omitir algo (do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias (pp. 44-445); en otras palabras, dentro de un intercambio de bienes o servicios, o cuando es a cambio de dinero[1078] (venta), estamos frente a un *quid pro quo* (p. 446).[1079]

Para Corbin (1947) "siempre debería recordarse que el principal problema frente a la corte es determinar si una promesa debería ser vinculante o no" (p. 199). Entonces, para adentrarnos a los orígenes de la consideración es menester hacer un poco de historia, sobre todo la historia de las acciones civiles, pero también es importante no olvidar que no existe una "verdadera" doctrina, y que esta "doctrina" tampoco ha tenido un solo origen, sino múltiples fuentes[1080] y muchos

1077 Corbin (1918) señala que la teoría es difícil de definir y que hay muchas interpretaciones diferentes de ella (p. 375).

1078 Blackstone (1766) menciona que el uso del dinero es inmemorial en las civilizaciones y trae el ejemplo de Abraham que dio "400 siclos de plata, la moneda corriente en el mercado" (p. 446). Esta cita corresponde, como lo dice el pie de página "s" de Blackstone al Génesis 23:16 (Biblia Reina Valera, 1960), y narra la historia de Abraham que, queriendo enterrar a su difunta esposa Sarah, compró un terreno en Macpela (junto con una cueva para el entierro) de manos de los hititas en la persona de Efrón (El relato bíblico no proporciona una fecha exacta de cuándo sucedió este evento, pero se cree que ocurrió alrededor del siglo XIX a.C. en la ciudad de Hebrón, que está ubicada en la región de Judea, al sur de Jerusalén).

1079 Para Corbin (1918) ese "algo" es negociado y dado a cambio de una promesa (p. 199). Tanto Holmes como Pollock y Maitland concluyen en lo mismo, en tanto Holmes identifica a la consideración con el "quid pro quo" de la deuda (Cfr. Corbin (1947, pp. 675-6.)

1080 Más adelante veremos la teoría prevalente expuesta por Gilmore (1974).

"orígenes", que ha conllevado a un continuo y variable desarrollo[1081] "como parte del proceso evolutivo de determinar qué promesas deberían ser vinculantes para la sociedad y cuáles no" (p. 199).

Asimismo, Corbin (1947) expone que la teoría del intercambio -que el Instituto Legal Americano lo retrató en la sección 75 del Primer Restatement de los Contratos[1082] no es la única verdad, o la teoría prevalente, pero sí es una "definición conveniente y buena doctrina de trabajo" (p. 200).

Por su parte, el Profesor Street (1906) expone que las acciones civiles se componían en tres: *in rem*, *in personam* y mixtas (p. 37). Las acciones *in rem* iban en contra de todo el mundo y versaba sobre la cosa en sí, mientras que las acciones *in personam* se referían a la persona en sí. Asimismo, las acciones personales se distinguían en tres: 1) Acciones basadas en la propiedad, las que eran de carácter reivindicatorio. 2) Acciones cuya responsabilidad nacía del contrato (*ex contractu*), y 3) Obligaciones fruto de transgresiones (*ex delicto*) (p. 37).

De modo que Street (1906) cree que la distinción entre propiedad real y personal es un desarrollo accidental en la evolución de las acciones del derecho común (p. 114).

Las acciones civiles de la Edad Media en Inglaterra han sido motivo de profundo estudio, porque a partir de allí se puede comprender el nacimiento de la consideración y del *promissory*

1081 Powers (2002) argumenta que la teoría de la consideración a menudo es redundante, ya que muchos casos pueden resolverse utilizando un análisis legal más tradicional, como el análisis de restitución (pp. 26 y ss.). En el mismo sentido, Ricks (1999) menciona algunas críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que la doctrina de la "mutualidad de obligación" es en gran medida redundante e innecesaria, ya que se superpone con la regla de la promesa ilusoria (pp. 491 y ss.).

1082 Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.).

estoppel. Winfield (1947) expone que las formas y las ceremonias lo eran todo y que "la sustancia era nada o al menos casi nada" (p. 106).

Corbin (1947) relata que la palabra "consideración" ya sea usaba en las Cortes inglesas desde el siglo XVI, pero no se lo definió, y que las acciones sobre una promesa incumplida fueron conocidas como "covenant (convenio), debt (deuda) y assumpsit[1083] (asunción de obligaciones)[1084]" (p. 201).

1.1. La acción del pacto "Covenant" [1085]

El "writ of covenant" era una acción sobre un pacto escrito. Writ se traduce como "escrito judicial". "El mandamiento de convenio se aplicaba solamente a promesas hechas en un escrito sellado. El escrito y el sello tenían suficiente fuerza mágica como para hacer la promesa legalmente exigible sin preocuparse por si se había intercambiado algo por la promesa." (Corbin. 1947, p. 201).

Esta acción estaba reservada para recobrar daños como producto del incumplimiento de una promesa de hacer o de no hacer. Ni la

---

1083 Arnold (1976) explica que la acción de *assumpsit* es una acción de agravio que se convirtió en el principal medio de hacer cumplir los contratos. Surgió como una forma de eludir la regla que estipula que una promesa debe estar por escrito y sellada para ser procesable (pp. 990-994).

1084 "Assumpsit" es un término legal que se refiere a un tipo de contrato u obligación implícita, donde una persona asume o asume un deber o responsabilidad sin un acuerdo o contrato explícito.

1085 Las acciones civiles como el *writ of covenant*, *assumnpsit*, *in rem* y *in personam*, son parte del derecho común inglés y su origen se remonta a la Edad Media en Inglaterra. Estas acciones surgieron a través del desarrollo de la ley común inglesa, que se basó en las decisiones de los tribunales y la costumbre, en lugar de estar codificada en un conjunto de leyes escritas.
El *writ of covenant*, por ejemplo, se originó en el siglo XIII y se utilizaba para hacer cumplir los acuerdos contractuales. El *assumnpsit*, por otro lado, surgió en el siglo XIV y se utilizaba como una acción contractual alternativa cuando no había un contrato escrito. La *acción in rem*, que significa "*contra la cosa*", se utilizaba para proteger los derechos de propiedad y se originó en el derecho romano, mientras que la *acción in personam*, que significa "contra la persona", se utilizaba para hacer cumplir las obligaciones personales y surgió en el derecho canónico.

consideración, ni el escrito ni el sello se reputaron como elementos de esta acción. (Street, 1906, p. 114).

La escritura de este pacto ("*writ of covenant*") data del año 1201. Ya en el año 1227 se encontraron "*writ of covenants*" en el Registro. Durante el siglo XIII, el ámbito de esta acción se amplió tanto que dio cobijo a un sinnúmero de promesas.

Para el año 1307, a finales del reinado de Eduardo I y especialmente durante los 50 años precedentes, los *covenants* ya habían sido distinguidos en reales y personales.[1086] Y no solamente eso, sino que el requerimiento de que los *covenants* sean por escrito ya estaba enraizado. De modo que los *covenants* se enfocaron en acciones personales (no reales, para las que los requerimientos procedimentales eran numerosos) y mediante un escrito y un sello. De esta forma, los *covenants* se convirtieron en un método sencillo de recuperar daños y en un mecanismo efectivo para poner un gravamen o imponer una sanción económica.

El requerimiento de que el *covenant* aparezca por escrito y bajo sello fue como una medida de prueba, como evidencia de la existencia de la promesa.[1087] Sin embargo, la presencia del "quid pro quo" o de la "consideración" no fueron considerados como elementos de este contrato (Street. 1906, p. 119).

1086 Por su parte, Winfield (1946) piensa que la acción del covenant (convenio) no se escucha antes del siglo XIII, y estuvo basada en un acuerdo (convención), en la forma y en el hecho, pero estuvo prácticamente confinada a acuerdos relacionados a los intereses en la tierra (p. 109).

1087 En este sentido Ashley (1913) afirma que la doctrina sigue siendo importante y que no es simplemente una forma de demostrar que se pretende hacer un trato. Sin embargo, el autor también reconoce que la ley no es clara sobre el tema y que la doctrina está siendo modificada gradualmente (pp. 429-434).

Es importante no confundir la acción de deuda que resulta de una promesa con sello sobre una deuda, en cuyo caso la acción de deuda y no la del *covenant* es la acción apropiada.

Desde que el *covenant* no necesita consideración, y solamente el sello, en el caso de que el *covenant* sea subsidiario o colateral a otro contrato, si este contrato falla también falla el **covenant**.

A este respecto, la diferencia entre el *assumpsit*[1088] y el *covenant* es clara. El *covenant* nace de los contratos escritos bajo sello sin necesidad de usar un determinado grupo de palabras, mientras que el *assumpsit*[1089] no necesita de este sello.[1090]

1088 Barnett (1986) menciona que la acción de *assumpsit* era una forma en que los jueces del *common law* respondían a las presiones para hacer cumplir las promesas informales (pp. 311-313).

1089 El "assumpsit" o la asunción fue una acción residual cuando las otras formas no encontraban remedio, probablemente a mitad de los años 1300. En los siglos catorce y quince, muy pocas acciones existieron, entre ellas la "prevaricación del caso" (*trespass on the case*), que daba un remedio legal a ciertos tipos de daño a personas o propiedad causado indirectamente y también ciertos tipos de daño causado por la falta de ejecución de un acto que el demandado había asumido como un hecho. En los años 1530 y 1540, una nueva forma de "trespass on the case" llamado asunción indebida dio un remedio a la quiebra de cierto tipo de obligaciones bajo las cuales no existía un cierto tipo específico pero que se podía implicar cuando el demandado estaba endeudado, o cuando el demandado había recibido algo de valor del demandante.
Este *assumpsit* no fue una acción separada utilizada por las cortes. El demandante tenía que demostrar la existencia de una obligación, luego una promesa (*assumpsit*), el quiebre de la promesa, y que la promesa era accionable. Este último elemento del *assumpsit* fue llamado por los jueces en los 1500s como consideración. Aun 500 años antes la consideración incluía lo que ahora se llama el negocio, el intercambio. Sin embargo, los usos primigenios de la consideración incluían una utilidad que iba más allá del intercambio. Los jueces usaron la teoría de la consideración para hacer cumplir promesas que ahora se hacen cumplir bajo el "*promissory estoppel*" (impedimento promisorio), o promesas gratuitas que inducen detrimento (Cfr. Pryor (2005, p. 37).

1090 Un ejemplo de la acción del *assumpsit* lo encontramos en el acuerdo escrito bajo sello donde A dará a B una suma de dinero estipulada por su casa, la acción del *covenant* surge contra B cuando rehúsa transferir su casa. En tiempos modernos llamaríamos esta acción de "specific performance." Por su parte un ejemplo de la acción de deuda lo encontramos en la acción de pago de renta.

1.2. La acción sobre la deuda (Writ of Debt)[1091]

Corbin (1647) brevemente expone la naturaleza de esta acción para distinguirla de las otras dos acciones, de la siguiente forma:

> El mandamiento de deuda se aplicaba cuando el demandado había recibido algo del demandante y debía devolverlo, ya sea específicamente o su valor en dinero. Ese algo recibido, a menudo denominado como quid pro quo, podría ser dinero, bienes o servicios; y la deuda, o deber de pago, surgía no porque el demandado hubiera hecho una promesa, sino porque se consideraba que tenía algo en su posesión que pertenecía al demandante. Hoy en día, la mayoría de las deudas surgen de promesas de pagar una suma de dinero, pero también hay muchas deudas no promisorias. (p. 201).

Por su parte, Windfield (1946) expone que "el remedio para recuperar el dinero garantizado por una escritura fue la acción de deuda, que conservó su forma y carácter esencial a lo largo de toda la historia del procedimiento de derecho común, mientras se preservaron todas las formas de acción." (p. 108). Pero también la acción de deuda podría ser entablada sin prueba de una escritura, como los casos de dinero prestado, o el precio de bienes vendidos y entregados, y la acción de "detinue" (detención) para los bienes muebles arrendados. (p. 109).

Para Holmes (1991), para accionar con el writ of debt,[1092] no

1091 Arnold (1976) explica que el mandamiento de deuda es una herramienta legal utilizada para obligar a alguien a pagar dinero. Se utilizaba frecuentemente en una variedad de situaciones, como cuando alguien acordaba pagar dinero, compraba bienes o recibía servicios (pp. 990 y ss.).

1092 Henry (1917) considera que el mandato de deuda (*writ of debt*) es una acción legal para recuperar una suma de dinero o propiedad que se debe, basada en un contrato o promesa. Se originó en la Inglaterra medieval y se usaba comúnmente en cinco

importaba demostrar cómo nació la deuda[1093] porque no estaba confinada al contrato. Se satisfacía el requisito para accionar si se invocaba la deuda bajo cualquier fundamento. En realidad, era como invocar una afirmación concluyente (o sea una conclusión legal) "'A' me debe tanto de dinero" (p. 253). Y esta doctrina brinda muchas luces para el nacimiento de la futura doctrina de la consideración (p. 253).

Asimismo, Holmes (1991) menciona que no hay evidencia que la consideración se ha halla llamado "causa" antes del reinado de Elizabeth (1558-1603), y en los reportes siempre aparece como "quid pro quo" (p. 253). En realidad, las menciones a la consideración se hicieron para referirse al "quid pro quo" (p. 254, 269).[1094] Estos contratos que se pueden probar con testigos y sin un escrito, empiezan en las deudas y se entienden después a otro tipo de contratos, establecen la peculiar doctrina de la moderna consideración. (p. 258).

Por su parte, Pollock (1902) al rastrear el significado de la consideración, estima que la acción de deuda estuvo conectada en el siglo XVI con el término "quid pro quo", y lo señala de la siguiente manera: "Por lo tanto, la deuda no podía establecerse sin demostrar que el deudor había recibido algún equivalente o 'recompensa'. En

---

casos: dinero prestado, renta de arrendamientos, bienes vendidos y entregados, contra garantes y para una suma fija en un documento sellado. (pp. 664-698).

1093 Jenks (1892) considera que el "writ of debt" es un remedio legal para recuperar dinero que se adeuda a alguien, basado en un contrato verbal. Puede utilizarse en una variedad de situaciones, como alojamiento, depósitos o salarios. Además, lo ve como una acción legal para recuperar una suma de dinero prometida por el demandado. Jenks lo diferencia de otros tipos de acciones legales como "Assumpsit" o "Covenant", y lo considera una de las primeras formas de acción contractual en el derecho inglés (pp. 170-215).

1094 La regla de utilizar testigos en una deuda junto a la entrega que fue "quid pro quo" era el equivalente

el siglo XV este equivalente se llamaba *Quid pro quo*, un término peculiarmente inglés." (p. 221)[1095]

1.3. La acción de Assumpsit[1096]

Este remedio se asentó a finales del siglo XV. La raíz del *assumpsit* nació[1097] de la promesa ("*undertaking*" o "*assumpsit*") (Street. 1906, p. 174).

Para Corbin (1947), el *assumpsit* nace a partir de la acción de "trespass:"[1098]

> El mandamiento de asunción de obligaciones tuvo su origen en la acción muy temprana de Trespass y su forma posterior conocida como Trespass en el Caso Especial (o abreviada a mero Caso). Originalmente, Trespass era una acción por daños por el daño causado por la violencia del demandado (*trespass vi et armis*). Tal forma no era aplicable a los daños causados por la negligencia del demandado o de otra manera que no fuera "con fuerza y armas". Cuando tales agravios comenzaron a clamar por un remedio, en lugar de inventar un nuevo mandamiento (como los oficiales del rey podrían haber hecho y como en

1095 En el mismo sentido Jenks (1892) cree que "la esencia de la acción de deuda, y su variación, "Detinue", realmente fue al principio que el demandado había tomado en sus manos algo que pertenecía al demandante" (p. 115).

1096 Arnold (1976) señala que la acción de *assumpsit* es una forma de derecho contractual que surgió en el período medieval tardío. Permitió la ejecución de promesas que no se habían hecho en un escrito sellado y, con el tiempo, se convirtió en la base del derecho contractual moderno (pp. 990 y ss.).

1097 El acto de *assumpsit*, según Gordley (2000), es un tipo de acción legal que permite a un demandante recuperar daños por incumplimiento de contrato, incluso si no hay un contrato escrito (p. 1847).

1098 "Trespass" se puede traducir al español como "intrusión" o "entrada ilegal". En el contexto legal, "Trespass" se refiere a una acción civil por daños y perjuicios por invasión de la propiedad de otra persona sin permiso o autorización.

> tiempos anteriores a menudo habían hecho), los tribunales permitieron una mera variación en el mandamiento de Trespass. Se podría omitir la frase *vi et armis* y se otorgaba un remedio para una transgresión que no implicaba fuerza ni armas. Por supuesto, esto fue una creación de nuevo derecho sustantivo, aunque se hizo parecer como un mero cambio en el procedimiento. (p. 201).

Para Holmes (1991), de la misma forma, el assumpsit nació a partir del trespass[1099] donde era necesario descubrir cómo el trespass en un caso estuvo disponible para un incumplimiento de contrato (p. 274).

De modo que la teoría de la responsabilidad del *assumpsit*[1100] parte no solamente de casos de negligencia (en el caso de daños ocasionados a la propiedad o a la persona), sino también casos de engaño (Street. 1906, p. 174).

En este respecto, en el caso de las acciones de *assumpsit* por engaño[1101] (por ejemplo, la situación de un vendedor que transfiere la propiedad a un tercero, engañando la confianza del comprador),

---

1099 Jenks (1892) considera que la acción de assumpsit es una forma de acción legal que surgió en el siglo XV para remediar incumplimientos contractuales. Evolucionó de la acción de Deuda y la acción de Trespass on the Case, y se popularizó porque permitía a los demandantes evitar ciertas restricciones y presentar casos donde no había privity entre las partes (pp. 26-29).

1100 Mc Cauliff (2002) considera que el "assumpsit" es una acción legal utilizada para recuperar daños por incumplimiento de contrato. Se le describe como la acción contractual por excelencia en los primeros días de la ley de contratos, con un enfoque en la confianza. El "assumpsit" surgió para hacer cumplir contratos informales cuando alguien resultaba lesionado al confiar en la promesa de otro (p. 859 y ss.).

1101 Horwitz (1974) piensa que era una práctica común en América demandar en "indebitatus assumpsit" por un contrato expreso, lo que sugiere que la acción de assumpsit está relacionada con los contratos. Además, se describe en un caso como usada "por engaño en la venta de caballos enfermos, o similar." Assumpsit se refiere a una acción de derecho común para recuperar daños por incumplimiento de un contrato, discutiendo sus implicaciones y aplicaciones (pp. 935 y ss.).

dicha acción de *assumpsit* es posible gracias primero a que el comprador dio dinero al vendedor y éste prometió transferir la propiedad al comprador, pero no lo hizo. La acción nace a raíz del engaño, obviamente el objeto (el dinero) debe ser entregado previamente para poder hablarse de "engaño." Entonces, si ése es el caso, de dónde concluye Street (1906) que ese "dinero" o "ese objeto" es la consideración del *assumpsit* por engaño (Street. 1906, p. 176.)[1102]

Asimismo, Street (1906) amplía la noción de "consideración" encontrada arbitrariamente[1103] en las acciones por engaño, en las deudas. En efecto, en el caso de las deudas, este autor expone que, en primer lugar, el reconocimiento de las deudas es suficiente consideración de la promesa de pagar la deuda; y, en segundo lugar, el reconocimiento de promesas mutuas como suficiente consideración de cada una (p. 177).[1104]

Un aspecto interesante que trae Street (1906) es el análisis del cambio de la naturaleza de la acción del *assumpsit*[1105] de su aspecto

---

1102 La acción parte del engaño y no del objeto o como Street lo llama "consideración". En este sentido discrepamos con él.

1103 Bridgeman (2008) menciona que los críticos argumentan que la doctrina de la consideración puede ser una barrera arbitraria para la ejecución de promesas, incluso en casos donde la justicia o la equidad podrían exigir lo contrario (pp. 1450-1451).

1104 En efecto, cuando Street menciona que la consideración de la promesa de pagar una deuda es el reconocimiento de la deuda, eso no es más que un juego de palabras, una tautología sin sentido. Es como que la deuda sea la causa de ella misma. Y esa es justamente la crítica del anticausalismo a la causa clásica de Domat y Pothier. La promesa de una parte se enanca en la promesa de la otra parte. Este sinsentido causalista, revelado en Street (1906), se ve reflejado en la segunda parte de su análisis cuando expresa que el reconocimiento de las mutuas promesas es la "consideración" de cada una de ellas (p. 178).

De modo que es totalmente falso que la acción de *assumpsit* haya estado imbuida de la "consideración." Lo que intenta hacer Street es ver con ojos modernos una realidad antigua. Y aun siguiendo el razonamiento de Street, dicha consideración no es sino un resabio de la causa clásica de Domat y Pothier, una causa falsa, huera de sentido y tautológica (Cfr. Lizárraga, 2000).

1105 Mills (1996) sostiene que el "assumpsit" es una acción legal temprana del *common law* que permitía hacer cumplir contratos informales (p. 52).

ex delixto (en los casos de engaños o de negligencia), a los casos de la responsabilidad *ex contractu*. Este salto se produce al comienzo del siglo XVII. En efecto, en el caso *Slade* del año 1602, la Corte sostuvo que el *assumpsit* se basaba en la promesa implícita de pagar la deuda. (p. 178.) De esta manera, ya no era necesario probar la existencia de la deuda después que la deuda fue creada.

La acción de *assumpsit*[1106] siempre estuvo relegada a las acciones *ex delictu*, como vimos anteriormente,[1107] y estaba al margen de acciones contractuales como el *covenant* o la deuda. Asimismo, las acciones de renta no se confundían con el *assumpsit*. Corbin (1947) lo expone de la siguiente manera:

> A medida que el tiempo y las costumbres cambiaron aún más, surgió una demanda insistente de un remedio por el daño sufrido debido a la falta del demandado para cumplir sus representaciones y promesas, promesas que no estaban bajo sello ni eran tal como para crear una deuda de dinero. Estas promesas incluían prestar servicios, construir un edificio, entregar bienes, transferir títulos de propiedad-las premisas que ahora componen una gran parte de esas transacciones comerciales mediante las cuales vivimos y prosperamos. (p. 201).

1106 Ricks (1998) considera que la acción de "assumpsit" es un tipo de acción legal que permite a una persona demandar por el cumplimiento de una promesa. Esta se basa en la idea de que debe haber alguna forma de consideración (o "quid pro quo") para que una promesa sea exigible (pp. 663 y ss.).

1107 Henry (1917) entiende que la acción de *assumpsit* es una forma de acción legal que evolucionó de la acción de allanamiento de morada en casos de engaño, utilizada para hacer cumplir contratos o promesas. Esta acción permitió reclamar daños en casos de incumplimiento de contrato, especialmente cuando se compraba tierra, pero no se recibía. Originariamente, se aplicó en un caso donde se pagó por una tierra sin recibir la escritura, y más tarde en casos donde una garantía hacía una promesa verbal (pp. 664-698).

Para Street (1906), poco a poco entonces, la acción de *assumpsit* se sumerge en la acción de deuda, y así tenemos el "*indebitus assumpsit*," que es usado en dos sentidos. Un sentido estricto (*strictu sensu*), y un sentido lato (*latu sensu*). En el sentido estricto, el "*indebitatus assumpsit*" es entendido como una simple acción de recuperación de una deuda. En un sentido lato, el *assumpsit* se refería a las diferentes acciones generales como la acción por el dinero recibido, por el dinero prestado, por el dinero pagado, y acción por una cuenta establecida, o el "*quantum meruit*" o "*quantum valebant*" para recobrar por el trabajo hecho o por servicios prestados (pp. 182-183.)[1108]

Street (1906) piensa que la acción del "indebitus assumpsit" en el sentido estricto, pasó por dos etapas, una primera etapa en la cual la acción se basaba en la promesa del deudor de pagar una deuda ya constituida, y una segunda etapa en la cual la acción prescindía de la promesa expresa y se enfocaba solamente en la deuda. Esta acción nació a mediados del siglo XVI, y por más de 50 años se basó en la

1108 En contrapartida, las acciones de deuda implicadas por la ley, como vimos, necesitan que se demuestre la deuda solamente, pero la diferencia con las acciones de "*assumpsit*" en el sentido lato, es que, en estas acciones implicadas por la ley, es la ley la que asume que la promesa se deriva de la deuda, porque la ley asume las consecuencias implícitamente. Entonces, las acciones comunes de "*indebitatus assumpsit*, son en realidad acciones donde la promesa es asumida de hecho, no de derecho, como es el caso de la acción donde la promesa es asumida por la ley.
Otra figura interesante, es la acción por el dinero tenido y recibido. Esta acción no clasifica en el ámbito del "*indebitatus assumpsit*" en el sentido lato, porque se basa en la figura del "*quasi-contrato*" o contrato implicado por el derecho, es decir, no existe una deuda verdadera ni una promesa, pero el dinero se entregó a otro por error, o cuando una contraprestación ha fallado y el demandante quiere su dinero de vuelta.
Esta última acción del "*indebitatus assumpsit*" en la forma de acción por dinero tenido y recibido, cobró notoriedad porque estuvo basada en la equidad. Es por eso que Lord Mansfiled era adepto a este tipo de acciones. Street trae a colación tres casos interesantes: *Holmes v. Hall* (6 Mod.161, Holt K.B. 36), en el caso de dinero pagado al demandado que se rehúsa hacer aquello por lo cual motivó el pago del dinero; o en el caso de *Moses v. Macferlan* (2 Burr. 1005.) (Cfr. Street, 1906, pp. 183-193).

promesa expresada después de constituirse la deuda. (Street. 1906, pp. 183-193).

Básicamente entonces lo que tenía que hacer el demandante era probar la existencia de la deuda. Y parte de esa prueba consistía en probar que la promesa de la deuda había sido hecha para la existencia de esa misma deuda.

Otra variante del "indebitatus assumpsit" es el caso de la promesa implícita asumida por la ley, como el caso que un huésped es responsable de todos los daños sufridos en la habitación de un hostal a favor del dueño.

Estas acciones del "indebitus assumpsit" en sentido lato, solamente requerían que el demandante demuestre que el demandado se había endeudado y había prometido pagar, es decir, solamente debería demostrar la causa de la deuda o la deuda, mas no la promesa en sí porque no era una acción de deuda en sentido estricto. Es decir, todas esas acciones (acción por el dinero recibido, por el dinero prestado, por el dinero pagado, y acción por una cuenta establecida, o el "quantum meruit" o "quantum valebant") son formalmente una parte del "indebitus assumpsit" en sentido lato, pero realmente no son acciones de deuda y por lo tanto no necesitan demostrar la promesa.

Posteriormente, según Street (1906) esta acción se extiende a la propiedad personal, en el caso de que el demandado haya vendido la propiedad a un tercero y obtenido una cantidad de dinero, en cuyo caso la acción se extiende a la recuperación[1109] de este dinero[1110] (pp.

1109 Por su parte, Powers (2002) sostiene que la teoría de la consideración es problemática porque no permite la recuperación en casos donde no se hizo un trato explícito, incluso si la persona que recibe el beneficio habría accedido voluntariamente a pagar por él si hubiera habido tiempo para negociar (p. 15-17).

1110 Tenemos los casos de *Lytle v. Bowdon*, 107, Ala. 361; y *Moody v. Walker*, 80 Ala. 610.

193-197).[1111]

Sin embargo, por su parte, Corbin (1947) estudia profundamente el *assumpsit* y determina que dicha figura fue transmutándose y ampliándose hasta ampliar su naturaleza:

> El *writ de Trespass*, ya modificado, omitiendo la fuerza y las armas, fue alterado aún más, esta vez por una adición en lugar de una omisión. En las palabras latinas del *writ*, se indicó además que el demandado había prometido (*super se assumnpsit*), que había engañado ilícitamente al demandante y le había causado daño al inducirlo a actuar en confianza en la promesa. Al expedir este *writ*, se había permitido a los escribas variar su redacción exacta para adaptarse al caso especial del demandante. El resultado fue que el *Common law* ahora ofrecía un nuevo *writ* y una forma de acción descritos como *Trespass en el Caso Especial en Assumption*. Pronto esto pasó a conocerse por su única

1111 Es necesario precisar también el caso de la venta ficticia en este tipo de acciones por dinero tenido y recibido. Es el caso de bienes que el demandado no quiera devolver al demandante, como el caso de un caballo por ejemplo entregado al demandado, el demandado entonces declara una venta ficticia al demandado con el fin de recobrar el valor del bien. En decir, la figura del "*indebitatus assumpsit*" en su sentido lato o extenso, tiene como parámetro principal el concepto fáctico del hecho, de la deuda, y ya la ley asume implícitamente la existencia de una promesa. En el "*indebitatus assumpsit*" de carácter estricto, solamente es necesario demostrar la deuda, y la promesa es implicada fácticamente. En el sentido lato tenemos todas esas acciones como como la acción por el dinero recibido, por el dinero prestado, por el dinero pagado, y acción por una cuenta establecida, o el "*quantum merit*" o "*quantum valebant*" para recobrar por el trabajo hecho o por servicios prestados. En estas acciones, solamente se necesita demostrar la causa (origen) de la deuda mas no la promesa en sí. En contrapartida, las acciones de deuda implicadas por la ley, como vimos, necesitan que se demuestre la deuda solamente, pero la diferencia con las acciones de "*assumpsit*" en el sentido lato, es que, en estas acciones implicadas por la ley, es la ley la que asume que la promesa se deriva de la deuda, porque la ley asume las consecuencias implícitamente. De modo que la teoría de la consideración no se perfila como ingrediente esencial en las acciones sobre el "*indebitatus assumpsit*" (Cfr. Street, 1906, pp. 182-183).

> palabra clave, *Assumpsit*. Así fue como se creó una cantidad muy grande e importante de nueva "ley de contratos", mediante lo que parecían ser nada más que cambios en el procedimiento. No se enunciaron nuevas "reglas" o "doctrinas", pero los jueces más sabios ciertamente sabían que otorgar un antiguo remedio en un nuevo tipo de caso era crear nueva ley, aunque haya tomado algunos siglos más para declarar (y redeclarar) qué es. La efectividad de una "regla de derecho" depende directamente del carácter de los "remedios" y la eficacia del procedimiento. La ley sustantiva y la ley de remedios son solo dos aspectos de nuestro sistema legal (p. 202).

Luego Corbin (1947) pasa a estudiar muchos casos de Inglaterra de la Edad Media. De ese estudio atento y minucioso de casos y reportes, concluye que existen algunos factores que podrían ayudar a entender el "Misterio de la Consideración", que históricamente no responde a una "doctrina definitivamente redactada, ni una regla absoluta e inmutable, ni una definición históricamente correcta" (p. 202).

De esta forma, Corbin (1947) concluye que los dos elementos de la consideración (beneficio y detrimento) se dan cabida naturalmente mediante el quid pro quo de las transacciones negociales:

> No se creaba una deuda monetaria exigible mediante una mera promesa de pago; el promisor debía haber recibido algo del promisario -un quid pro quo-. La acción de *Assumpsit* no era sostenible a menos que el promisario hubiera sufrido daño a causa de la promesa. Quizás estas son las fuentes de la idea, que una vez se afirmó con frecuencia (pero que no se ha vuelto a afirmar por el Instituto), de que la contraprestación debe ser un Beneficio

> para el promisor o un Detrimento para el promisario. Esta afirmación fue sin duda una simplificación excesiva. Ahora el Instituto establece que la contraprestación no tiene que ser necesariamente un Beneficio o un Detrimento, sino que debe ser objeto de un trueque y entregada a cambio de la promesa para que ésta sea exigible. El Instituto limita la "contraprestación" a las transacciones de trueque; los tribunales, al desarrollar la doctrina, no hicieron tal restricción (p. 202).

Con ello queda claro que la teoría de la consideración no es una teoría única, no es una verdad revelada con un origen único y absoluto,[1112] no es una verdad revelada, sino que es fruto de la interacción de muchos factores y que no existe un consenso sobre su origen exacto, aunque, como dice Corbin (1947), el concepto actual aunado a la contraprestación, es conveniente como un concepto de trabajo (p. 200). Asimismo, vemos que las nociones de detrimento o beneficio nacen a partir del *writ of assumpsit*, que trae conceptos nuevos en formatos viejos (vinos nuevos en odres viejos), de donde las Cortes se enfocaban más en la exigibilidad de la promesa, que muchas veces no pasa por la consideración como presupuesto vinculante, es decir, la consideración no es el único factor que hace que una promesa sea exigible. Este concepto de Corbin (1947) es sumamente importante por cuanto constituye una revolución para la teoría de la responsabilidad precontractual en el sentido de que -como lo estudiaremos en el próximo capítulo- el *promissory estoppel* hace exigible una promesa que no está basada en consideración ni en contraprestación, pero que es vinculante y exigible.

1112 Más adelante veremos la teoría de Gilmore (1974) sobre el origen de la doctrina de la consideración a partir de un error jurisprudencial.

Por su parte, Windfield (1946) existió una fusión del *assumpsit* con la deuda, donde el fundamento de la relación entre las partes (léase *quid pro quo*, o el detrimento en función de la promesa) fue la base de la futura concepción de la consideración:

> Mientras tanto, la relación entre las partes, que se asumió como la base del deber violado por el demandado, y que implicaba que el demandante había cambiado de alguna manera su posición a peor basándose en la promesa del demandado, se transformó en la moderna doctrina de la contraprestación, que se fusionó en el camino, de hecho, si no en teoría estricta, con los requisitos existentes de las acciones de deuda y cuenta (p. 113).

Y Holmes (1991) concluye que la moderna teoría de los contratos tiene sus antecedentes en la acción del *assumpit*:

> La ilusión de que el *assumpsit*, así extendido, no significaba contrato, no podía mantenerse. A la luz de esta admisión y de los precedentes antiguos, la ley osciló por un tiempo en la dirección de la recompensa como la verdadera esencia de la contraprestación. Pero prevaleció la otra opinión y, por lo tanto, en realidad, se produjo un cambio en la ley sustantiva. Un contrato simple, para ser reconocido como vinculante por los tribunales de Enrique VI, debía estar basado en un beneficio para el deudor; ahora una promesa podía ser forzada en consideración a un perjuicio para el promitente. Pero en el verdadero espíritu arcaico, la doctrina no se separó ni se distinguió del remedio que la introdujo, y así la deuda en tiempos modernos ha presentado la apariencia alterada de una obligación debidamente limitada a los casos en que la consideración era de un tipo especial (p. 287).

2. LA CONSIDERACIÓN COMO TEORÍA DEL INTERCAMBIO O CONTRAPRESTACIÓN

Antes de adentrarnos a estudiar el *promissory estoppel* (PE), necesitamos entender de dónde viene este PE, para ello es importante entender una figura central en el *common law* que es la figura de la consideración. La consideración de los contratos patrimoniales (excluidas las donaciones),[1113] como se verá a continuación, se define como el beneficio que una parte experimenta (el promitente u ofertante) al intercambiarlo por el detrimento del aceptante o promisario (y viceversa), es decir, estamos frente al *quid pro quo*.

La doctrina de la consideración ha sido basada en el principio recíproco del intercambio de beneficio y detrimento,[1114] es decir como el detrimento legal del aceptante y el beneficio del oferente o promitente.[1115]

1113 Baron (1989) argumenta que la teoría de la consideración, que se utiliza para distinguir entre regalos y tratos, es problemática porque se basa en la suposición de que los regalos y los tratos son transacciones verdaderamente diferentes. Sin embargo, el autor sostiene que esta distinción no es tan clara como parece y que los regalos y los tratos pueden compartir de hecho muchos atributos (pp. 157-158). En el mismo sentido, Siprut (2003) señala que la dificultad más significativa es distinguir entre un trato y un regalo (pp. 1810 y ss.).

1114 Por su parte, Mc Kendrick (2017) menciona que la crítica principal parece ser que la doctrina de la consideración es inconsistente en términos de lo que reconoce como "valor" o "beneficio". Por ejemplo, en algunos casos los tribunales han ignorado un beneficio factual obtenido por el promitente, mientras que en otros casos han encontrado la existencia de consideración a pesar de la aparente falta de beneficio o detrimento (p. 122).

1115 Para Kennedy (2000) el beneficio de la teoría se puede verse en ejemplos concretos:
¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de un intercambio completado a la mitad (bilateral o unilateral)? Sí, porque hubo consideración.
¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de un regalo? No, porque no hay consideración. Sin embargo, puede haber ejemplos de "*promissory estoppel*".
¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de beneficios conferidos anteriormente? (consideración moral)? No, no existe consideración.
¿Deberían las cortes obligar promesas en contratos bilaterales de ejecución de una sola parte? (como cuando una persona dice: "te pago $100.00 si vienes mañana a cortar el césped de mi casa").

La Sección 71 del Segundo Código de los Contratos define la consideración[1116] como un acto o promesa que sirve como incentivo para el acuerdo, en línea con la teoría del intercambio negociado; dicha Sección plantea la doctrina de la consideración de la siguiente forma:[1117]

(1) Para constituir consideración, una acción o una promesa de retorno debe ser negociada.
(2) Una acción o una promesa de retorno es negociada si es buscada por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de tal promesa.
(3) La acción consiste en:
    a. Un acto que no sea una promesa, o
    b. Una omisión, o
    c. La creación, modificación, o destrucción de la relación legal.
(4) La acción o la promesa de retorno puede ser dada por al promitente o a otra persona. Y puede ser dada por el aceptante u otra persona.

Para Kennedy (2010), existe un cúmulo de consideraciones muchas veces en conflicto, y es que la consideración puede ser formal, substancial e institucional. Desde el punto de vista "formal", la consideración podría jugar el rol de evidencia, o de prevención, y hasta de clasificación.[1118] Desde el punto de vista de la consideración substancial, la consideración podría viajar desde los planos de la

¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de una obligación preexistente"? No, porque no hay nueva consideración, excepto en casos de novación (p. 100).

1116 Barnett (1986) señala que la consideración es "probablemente la teoría predominante" y que está "plasmada en la sección 71 del Restatement (Second) of Contracts (pp. 287-288).

1117 American Law Institute. (1981). Sección 71: Requerimiento de intercambio [SRC].

1118 En este sentido clasificatorio, Eisenberg (1997) discute algunas críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que la teoría no es capaz de explicar

autonomía privada, la confianza detrimental (*detrimental reliance*), y la prevención del enriquecimiento injusto. (p. 102).

Es importante resaltar que la teoría de la oferta y la aceptación se basa en el "*meeting of the minds*" o el "encuentro de mentes", que no tiene nada que ver con la consideración como teoría, porque la consideración es un requerimiento impuesto por la ley para hacer que ese "encuentro de las mentes" sea vinculante o no. (Kennedy, 2000, p. 95). Lo mismo sucede entre la responsabilidad extracontractual ("*torts*") y los contratos, ya que la responsabilidad extracontractual está basada en la voluntad del gobierno en controlar situaciones no reguladas por los particulares, mientras que los contratos son situaciones reguladas por los particulares mismos.

Dentro de la teoría de los contratos, la figura del "beneficio para el promitente, y el perjuicio para el aceptante" –que es la médula ósea de la teoría de la consideración- guarda concomitancia con la teoría de los *torts* del *common law* (responsabilidad extracontractual diríamos para el derecho continental) y con la teoría de la deuda y el esfuerzo por impedir el enriquecimiento ilícito. En efecto, dentro de la figura del "beneficio al promitente", se juega el "beneficio" o sea un origen "quid pro quo" que se inspira en el concepto de evitar el enriquecimiento ilícito. Mientras que el "perjuicio al aceptante" se inspira en la figura del "*reliance*" o sea de los daños que se recobraban en el "assumpsit" por cuanto el aceptante perjudicialmente confiaba en la promesa del promitente. Es impreciso el tiempo en que estas dos figuras se juntan.[1119]

---

ciertos tipos de contratos, como aquellos que involucran modificaciones, ofertas firmes y promesas gratuitas (pp. 821 y ss.).

1119 Philippe (2005) menciona que en el último tercio del siglo XIX, los teóricos legales estadounidenses revolucionaron la doctrina de la consideración, y que "la confianza no jugó un papel importante durante cuatro siglos, hasta el siglo XX" (pp. 386-388).

Y es que la rigidez[1120] de las teorías objetivas del contrato y la consideración entre 1900 y 1930, no daba cabida a consideraciones subjetivas[1121] y muchas veces desembocó en resultados injustos.[1122]

2.1. Aproximación preliminar de la consideración

La consideración en el *common law* es un elemento fundamental que difiere significativamente de la causa en el *civil law*. Las funciones que la consideración desempeña en el *common law*, pueden muy bien ser desempeñadas por otras instituciones diferentes a la causa en el civil law.[1123] Y lo mismo podría decirse con respecto a la consideración en el *common law*, ya que las deficiencias de la consideración, como lo veremos a continuación, preparan el camino para el nacimiento del PE.[1124]

En efecto, Reitz (1998) dice que la consideración es un requerimiento muy distinto de la causa. (p. 621). El *Civil Law* omite el requerimiento de la consideración porque el derecho germano y francés posee doctrinas que cumplen las mismas funciones (al menos

1120 En cuanto a este punto, Eisgruber (2000) menciona que el derecho contractual a menudo ha cedido ante argumentos a favor de excepciones especiales y juicios sensibles a los hechos. Esto sugiere que la principal crítica es que la teoría de la consideración es demasiado rígida y no permite flexibilidad en ciertos casos (pp. 1515-1117).

1121 En este mismo sentido, Davis (1993) manifiesta que algunos autores argumentan la teoría de la consideración es demasiado estricta, demasiado rígida, o anticuada e inflexible. Otros argumentan que es difícil discernir el inducimiento o que puede generar injusticias. Muchas de estas críticas abogan por la doctrina del *estoppel* promisorio como una alternativa (pp. 777 y ss.).

1122 Powers (2002) discute algunas críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que no siempre es justa o equitativa. Específicamente, sostiene que la teoría de la consideración puede impedir que una persona que ha conferido un beneficio sea compensada, incluso cuando tiene una reclamación más convincente al dinero que los beneficiarios de un patrimonio (pp. 1 y ss.).

1123 Reitz, 1998 p. 621.

1124 Farber y Matheson argumentan que la teoría de la consideración parece ser que no es necesaria si tomamos la idea de la confianza como base para la ejecución de promesas (Cfr. Mc Kendrick, 2017, p. 904).

en el plano de los contratos sinalagmáticos). Por su parte Ferri (2004) entiende que la consideración del *common law* es aneja a la causa de las obligaciones como lo entendía en Código Napoleón de 1804 y el Código Civil italiano de 1865, es decir a la causa clásica de Domat y Pothier (p. 268).[1125] Sin embargo, en los párrafos venideros veremos que este aserto no es enteramente verdadero, y desentrañaremos la naturaleza de la consideración y su relación con el PE en el tramado contractual.[1126]

Por su parte, Watson (1997) piensa que la consideración es el precio de la ejecutabilidad de los contratos en las Cortes. La mayoría de los acuerdos que califican como contratos legalmente ejecutables contienen un intercambio negociado entre las partes (consideración valiosa.) Mientras que doctrinas sustitutas pueden permitir la ejecutabilidad de un acuerdo, sólo la presencia de una consideración valiosa en ambas partes de la negociación creará un contrato bilateral ejecutable desde el momento de su incepción (p. 280).

1125 Gordley (1995) analiza la historia del concepto de "consideración" en el derecho contractual. Destaca que antes del siglo XIX, los tribunales ingleses requerían "consideración" para que una promesa fuera ejecutable, pero la definición no estaba bien establecida. A principios del siglo XIX, los tratadistas empezaron a considerar la consideración como una versión local de la doctrina de "causa". Más tarde, Sir Frederick Pollock desarrolló la fórmula del "detrimento negociado", la cual fue posteriormente modificada por otros (pp. 559-561).

1126 Atiyah (1981) expone dos teorías principales sobre la consideración. La teoría clásica sostiene que una promesa es un compromiso intencional de asumir una obligación y que si no se hace ninguna promesa, no hay responsabilidad. Por otro lado, la teoría postclásica argumenta que el tribunal está creando e imponiendo derechos y obligaciones legales a las partes, y que las promesas de las partes son construcciones legales (p. 519).

2.2. La teoría de la inducción convencional recíproca de la consideración de frente a los modelos contractuales de la reciprocidad (Holmes y Williston)

Al inicio del Siglo XX la dualidad entre el detrimento sufrido o el beneficio ganado fue dando plazo a la teoría del intercambio negociado como médula de la teoría de la consideración de los contratos, apunta Teeven (2002, pp. 292-293).

Esta teoría del intercambio negociado no es más que una reminiscencia de las teorías de Holmes (1881), y las interpretaciones de Williston (1921).

Holmes (1881) explicó que la consideración es la razón que induce a actuar a las partes. "Es la esencia de la consideración, que, por los términos del acuerdo, sea dado y aceptado el motivo de la promesa. La promesa debe ser hecha y aceptada como el motivo convencional o la inducción para ofrecer la consideración. La raíz de toda la situación es la relación de la inducción, una por la otra, entre consideración y promesa (pp. 293-294).

Holmes (1881) también aseveró: "Es difícil de ver la propiedad de erigir cualquier detrimento que un instrumento puede revelar o proveer, en una consideración, a menos que las partes lo hayan negociado en esa medida" (p. 292).

Las teorías del intercambio negociado se enancaron en los tratados americanos y los casos legales durante el siglo anterior a las declaraciones de Holmes. Debajo de las primeras formas de la consideración estuvo el principio moral de que lo negociado debe vincular a las partes. En efecto, la idea de reciprocidad fue un principio de moralidad estuvo aceptado en la Europa Occidental en el siglo dieciséis mientras que la doctrina evolucionaba (Teeven, 2002, p. 299).

La visión de Holmes (1881) de la consideración como solamente el intercambio negociado, es tomada de una conclusión inexacta de que los orígenes de la consideración residieron en la reciprocidad del "quid pro quo" de la deuda. En la introducción a su obra "*The Common Law*", Holmes (1881) manifestó su intención de desviarse de la historia leal y el estado de las leyes: "El estudio sobre el cual nos hemos avocado es necesario para el conocimiento y para la revisión de la ley" (p. 36).

Holmes (1881) sobre enfatizó el lado del beneficio recíproco del origen de la consideración desde que la consideración una etiqueta única en el contrato de promesa verbal (contrato no sellado, "assumpsit", promesa verbal), pero no una regla uniforme, por el detrimento al aceptante y el beneficio al promitente.[1127]

Teeven (2002, p. 301) piensa que el enfoque monístico de Holmes basado en la reciprocidad de la acción de deuda generada provocó bien fundadas críticas desde que dicho enfoque no está basado en los récords históricos. Holmes marginalizó la importancia de los orígenes del detrimento de la consideración al ignorar el nacimiento del contrato de promesa verbal (contrato no sellado) como un remedio de dependencia y su impacto en la doctrina de la promesa verbal (contrato no sellado) haciéndola basar en la promesa, y desatendiendo la acción de deuda. Holmes ignoró la distinción entre la naturaleza de propiedad del quid pro quo de la deuda y la naturaleza consensual del remedio del contrato verbal por inacción.

1127 Esta teoría del intercambio de Holmes, que ve al contrato como una inducción mutua de obligaciones, considera también a la consideración desde la perspectiva del negocio mutuo, pero Holmes ve a la consideración como una forma y no como una sustancia. Sin embargo, la consideración como forma no puede existir sin echar mano de otras teorías substantivas, como la teoría subjetiva de la voluntad o la teoría objetiva del valor u objeto (Cfr. Dalton, 1985, p. 1069).

Finalmente negó los orígenes no recíprocos del significado de la doctrina de la consideración del siglo diecinueve.

Probablemente las teorías de Holmes pudieron ser llamativas en su momento porque los intereses comerciales buscaban resultados predecibles, pero sus visiones no reflejan con certeza el total espectro de precedentes, corrobora Teeven (2002, pp. 3001-302).

Por su parte, Engelskirchen (1997, p. 532) piensa que esta figura del intercambio no es más que una reminiscencia del *quid pro quo* romano (doy para que des), a través del cual la intención del promitente incluye la intención no solamente de obtener algo de la otra parte sino también la intención de inducir a la otra parte a que le entregue algo o dé algo a cambio del hecho, acto u omisión intercambiado. Este intercambio es concomitante con la definición de la teoría clásica de la causa de Domat y Pothier.[1128] Esto es más o menos una inducción recíproca, de dar para recibir. Las partes se comprometen a entregar, dar o hacer, este intercambio de promesas o de compromisos está enfocado en la actuación, no en la mera promesa, porque cada parte se compromete en función a la actuación de la parte contraria. El intercambio de compromisos o promesas no es nada más que parte de la negociación, pero la actuación es la base del intercambio y lo que fundamenta a la causa y a la consideración. Pero en la realidad, la gente no se compromete solamente por el simple hecho de adquirir

1128 Bernal Fandiño (2006) considera que una figura clave en el movimiento anti-consideración, Planiol, criticó el concepto de causa por ser innecesario y confundirse con otros conceptos como el consentimiento y el objeto (p. 230). En la misma línea, Lorenzen (1919) recuerda que Planiol sostiene que la teoría de la causa es tanto "falsa" como "inútil", y que los mismos resultados se pueden lograr a través de otras reglas que rigen la realidad del consentimiento y la legalidad del objeto (pp. 632-634). Por otra parte, En su análisis, Planiol (1904) expone que la teoría de la causa carece de una base sólida. Argumenta que los autores del Código no anticiparon este asunto, lo que resulta en una regla excesivamente rígida dentro del mismo. Además, señala que esta regla presenta inconsistencias cuando se compara con otras secciones del Código, planteando un desafío a su coherencia general (p. 1057).

una promesa, el intercambio de una promesa por otra no es más que un atributo de lunáticos, sentencia Engelskirchen (1997, p. 544).

Henry (1917) piensa que la doctrina de la consideración se remonta a los antiguos contratos anglosajones. Tanto Holmes ("El Common Law") como Pollock y Maitland ("Historia del Derecho Inglés") concluyen en lo mismo, en tanto Holmes identifica a la consideración con el "*quid pro quo*" de la deuda (pp. 675-676).

En efecto, podemos atisbar preliminarmente, que la teoría de Holmes se centra en analizar el beneficio al deudor, y tal beneficio se identifica con la consideración; pero también analiza el detrimento del ofertante.

Esta teoría del intercambio de Holmes, que ve al contrato como una inducción mutua de obligaciones, considera también a la consideración desde la perspectiva del negocio mutuo, pero Holmes ve a la consideración como una forma y no como una sustancia. Por su parte, Dalton (1985) observa que la consideración como forma no puede existir sin recurrir a otras teorías substantivas, como la teoría subjetiva de la voluntad o la teoría objetiva del valor u objeto (p. 1069).

Para Holmes, la aplicación del concepto de consideración como forma toma encarnadura en el caso *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903). Es el caso de un estatuto que excluía de impuestos a aquellas compañías que operaran ciertas líneas ferroviarias. El contrato se firma entre el Estado y la compañía ferroviaria al tiempo de vigencia de dicha norma. Sin embargo, después de cuatro años, dicha norma fue abrogada y el Estado pretendió cobrarle los impuestos pasados a la compañía ferroviaria. Holmes pensó que en este caso no existía consideración porque no había la forma de la consideración. Sin embargo, el contrato es en verdad ambiguo. Si el contrato hubiese dicho: "a cambio de perdonar los impuestos a la compañía ferroviaria por el período de la

construcción de la línea ferroviaria, dicha compañía se compromete a edificar las líneas ferroviarias" otra hubiese sido la interpretación (Dalton, 1985, p. 1770).

Holmes, nos relata Dalton (1985) trata desesperadamente de distinguir consideración de intención, sin embargo, es casi imposible en este caso separar la intención -y lo que es más importante la manifestación de la intención- para vincularlo a la consideración. En este caso, la consideración no es un asunto de forma sino de sustancia, y precisamente la sustancia corre por la riada de la teoría subjetiva de la intención o voluntad (p. 1770).

Sin embargo, la Corte no analizó el tema de la intención o el aspecto subjetivo de la consideración. La Corte estimó que pese a que la compañía constructora se basó en la ley que eximía ciertos impuestos para actuar, y también considerando que la ley tenía la intención de promover la edificación de la líneas ferroviarias, el intercambio no se produce en un ambiente de "oferta y aceptación"[1129] ya que la exención tributaria era una prerrogativa que el gobierno o la municipalidad otorgaba en general a cualquier compañía para promover una acción y no fue dada específicamente para que determinada compañía haga o edifique algo (Dalton, 1985, p. 1070).

El Juez Holmes lo expresó de la siguiente forma:

> Sin duda, el Estado esperaba alentar la construcción de ferrocarriles, y los constructores de ferrocarriles esperaban el estímulo, pero las dos cosas no se contraponen en términos de negociación.

1129 Benson (2006) analiza cómo la doctrina de la consideración trabaja en conjunto con la doctrina de la oferta y la aceptación, y cómo ayuda a especificar los actos constituyentes de una transferencia de propiedad (pp. 1713-1715).

> Pero éste es un modo de discusión un tanto estrecho y técnico para la decisión de un supuesto derecho constitucional. El fundamento amplio en un caso como éste es que, en vista de la materia, el legislador no está haciendo promesas, sino enmarcando un esquema de ingresos públicos y mejoramiento público. Al anunciar su política y proveer para llevarla a cabo, puede abrir una oportunidad de beneficios a quienes cumplan con sus condiciones, pero no las aborda y, por lo tanto, no les hace ninguna promesa. Simplemente indica un curso de conducta a seguir, hasta que cambien las circunstancias o sus puntos de vista sobre la política. Sería totalmente intolerable que se permitiera a las partes a las que no se dirige expresamente establecer un contrato sobre la base de su interés y acción sobre la base de una ley, simplemente porque su interés era evidente y su acción probable, a la luz de la Ley.[1130]

De esta forma, la Corte no encontró consideración y por lo tanto no hubo contrato, ya que la ley de la municipalidad no puede asumirse como una promesa sino una guía para actuar de acuerdo a sus condiciones.

Por otro lado, en el caso de *Maughs v. Porter*,[1131] el problema de la consideración se centra en el reenvío de la consideración como forma hacia la teoría objetiva del valor.[1132] En este caso Porter es demandado porque Porter había anunciado en el periódico que estaba vendiendo lotes de terrenos, y a todos los asistentes les daría un ticket para

---

1130 *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903)

1131 *Maughs v. Porter*, 157 Va. 415, 161 S.E. 242 (Sup. Ct. App. 1931.

1132 Bowers (2005) argumenta que la teoría de la consideración, que requiere que una promesa se haga a cambio de algo de valor, se ha aplicado de manera "rígida" y "sin reflexión". Esto ha llevado a la negación de la ejecución de promesas valiosas, incluso cuando la fiabilidad no es un problema (pp. 43-44).

entrar en la lotería de un carro Ford. Cuando *Maughs*, el demandante, asiste a la subasta exige su ticket y gana la lotería del carro Ford, pero Porter no se lo quiere dar y *Maughs* lo demanda. La Corte tiene el dilema de ver si esta transacción fue en sí un contrato unilateral aceptado por el demandante al momento de ir a la subasta, o tal vez un regalo condicionado.[1133]

Para resolver este asunto, la Corte revisa la teoría de Williston –parecida a la de Holmes- en el sentido que Williston le da en un ejemplo brindado por él, donde un hombre benevolente promete comprar la chaqueta a un hombre, si este hombre iba a la tienda caminando. Cuando el hombre está a mitad del camino, el promitente se desanima y revoca su promesa. En este caso Williston piensa que este caso es un regalo sujeto a condición. (Dalton, 1985, pp. 1770 y ss).

En el caso de *Maughs*, la Corte razonó que el simple hecho de atender a la subasta ya era un detrimento del aceptante que lo ponía en mejor condición de ganar un auto Ford, que aquella otra persona que permaneció en su hogar. Sin embargo, Dalton (1985) explica que en este caso la consideración esta hueca de contenido sino se echa mano de la teoría objetiva del valor o del objeto. (p. 1070) En efecto, la Corte resuelve el caso dictando que cuando exista una ley de orden público prohibiendo un acto (como la promesa de dar algo en un esquema de lotería), tal promesa es inválida por operatividad de la ley.[1134]

De esta manera, el contrato nace muerto o no nace realmente porque la operatividad del orden público se impone, de modo que no existe consideración.

1133 Para Perillo (2003) la principal diferencia entre una promesa respaldada por consideración y una promesa gratuita respaldada por *promissory estoppel* es que en la primera el detrimento es negociado a cambio de la promesa (p. 256.)

1134 *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903).

2.3. La teoría de la consideración de Holmes en la práctica judicial

La teoría la consideración basada en el concepto del intercambio negociado fue el modelo auspiciado por Holmes y Williston principalmente, que reemplazó los embrionarios conceptos del beneficio al promitente o del detrimento al aceptante de la promesa. Esta teoría del intercambio negociado viene a representar un reflejo jurídico del planteamiento económico de la economía liberal del *laissez-faire*. (Dalton, 1985. p. 1068).

Gilmore (1974) dijo que la teoría de los contratos es coexistente con la teoría del mercado (p. 7). Sin embargo, la concepción liberal de la teoría de la consideración jamás reemplazó totalmente los preliminares conceptos del beneficio y detrimento, como fue reflejado en el Primer Código de Contratos (*First Restatement of Contracts*),[1135] e incluso estos dos elementos (beneficio y detrimento) vinieron a jugar un rol especial en el Segundo Código de Contratos (*Second Restatement of Contracts*).[1136]

Para Holmes, la raíz de la teoría descansa en la relación de recíproco y convencional inducción, *quid pro quo* (una por la otra), entra la consideración y la promesa. Sin embargo, los autores de esta teoría (Holmes y Williston) trataron de evitar cualquier confusión[1137]

1135 Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.)

1136 American Law Institute. (1981). Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]

1137 Donovan (2003) dice a este respecto: "El punto es que la doctrina de la consideración es suficientemente problemática y confusa, plagada de inconsistencias y numerosas excepciones, de tal manera que encontrar consideración en los hechos presentes - aunque no esté en la línea principal de la teoría de la consideración porque no implica un intercambio de dinero por el servicio - es una posibilidad. Un tribunal comprensivo podría encontrar consideración en estos hechos, o al menos reconocer que la cuestión es lo suficientemente nebulosa como para requerir que el caso vaya a juicio para una audiencia completa" (p. 197).

con el motivo principal subjetivo.[1138] Holmes aplica esta definición de consideración en el caso *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903).[1139] El caso trata así: un estatuto de 1893 exceptuaba del impuesto ferroviario a cualquier ferrovía que fuera construida y operara una línea particular. La empresa demandante satisfacía las condiciones estatutarias para dicha exención tributaria. Cuatro años después, en 1897, la provisión estatutaria fue repelida, y el demandante se quejó de que el gobierno había quebrado el contrato. Entonces Holmes encontró el llamado contrato sin consideración.[1140]

En *Wisconsin*, Holmes razonó que la construcción de la ferrovía era ciertamente un suficiente detrimento o cambio de posición para constituir consideración. Es decir, Holmes razonó que si bien es cierto la construcción de la ferrovía constituía de por sí suficiente

1138 Esta es una gran diferencia entre la teoría de la consideración con la de la causa. Como se verá en los capítulos posteriores, la teoría de la causa clásica nace en base justamente a este quid pro puo, o sea una inducción recíproca de promesas (de beneficio y detrimento diríamos desde la perspectiva de la consideración). Sin embargo, el camino que siguió el *civil law* fue el crecimiento de la teoría anticausalista para contrarrestar lo que el anticausalismo entendió como la inutilidad de la teoría clásica, y engendró la teoría del Neocausalismo por medio del cual la causa pasa a consideraciones mentales o subjetivas aunadas a la voluntad. En cambio, en el *common law*, la falencia de la teoría de la consideración no dio origen a una consideración teórica aunada a una teoría mental (como el Neocausalismo del *civil law*), sino a la creación de la teoría del *Promissory estoppel*, entre otras cosas para dar respuesta a falencias de la teoría de la consideración en el campo de las donaciones (por ejemplo) ya que la consideración solamente explica temas de intercambios patrimoniales a partir de la definición del contrato (intercambio de patrimonios), dejando a las donaciones al aire; falencia que el PE rescata y soluciona. De la misma forma, como veremos en los capítulos posteriores, la causa de las liberalidades (que es el espíritu de liberalidad en sí) no resuelve los problemas que surgen dentro de casos sobre donaciones que obligan al operador judicial a usar otras herramientas como por ejemplo las condiciones u otros conceptos contractuales ajenas a la liberalidad o al espíritu de liberalidad en las donaciones.

1139 *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903).

1140 En este sentido, Bowers (2005) menciona que el *estoppel* promisorio puede usarse para hacer cumplir una promesa incluso sin consideración (pp. 48 y ss, especialmente ft. 14).

detrimento, para la Corte el acuerdo careció de una adecuada expresión de intento real por parte del Estado de querer provocar un cambio de posición en el aceptante porque la Corte opinó que el estatuto de exención tributaria de Michigan de 1893 (que luego fue repelido en 1897) no debería ser asumido como una promesa que genere un cambio de posición en la empresa ferroviaria, y que, pese a que la compañía ferroviaria había experimentado detrimento, bajo ningún punto de vista podría haber un contrato por cuanto no existía un intercambio de promesas, o sea que no existía consideración por cuando el Estado de Michigan no podía reputarse como una parte civil cuyos estatutos se eleven a la alcurnia de promesas, de modo que si no existe promesa no existe consideración, y por ende no existe contrato. Con este pensamiento la Corte desestima la demanda.

Sin embargo, Holmes razona que, aún cuando el Estado esperaba estimular la construcción de la ferrovía (y los constructores de la misma esperaban ese estímulo), ambas cosas no están contrapuestas en términos de intercambio negociado ("*bargain*"). Con esto Holmes parece confirmar que la consideración no es sino una expresión formal de la intención, en vez de ser la intención misma. Holmes trata de poner énfasis en la mutua correlación entre la promesa y el detrimento donde ambas deben realmente intentar ser el motivo del uno hacia el otro. Dalton (1985) piensa que tal vez hubiese sido suficiente para Holmes decir: "en retribución por la construcción y operación de esta ferrovía en la que el Estado está interesado, el Estado perdonará los impuestos". (pp. 1070-1971) Sin embargo, este supuesto es solamente un deseo hipotético puesto que la Corte estableció que: "La tasa de impuesto fijada por este acto no se aplicará a ninguna ferrovía en caso de su construcción y operación."[1141]

1141 *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903).

Pero lo que parece es que Holmes, más allá de buscar una correlación inductora entre la promesa y la consideración, estuviera buscando un motivo subjetivo de la intención propulsora de ese intercambio, o por lo menos la construcción de una figura semejante al PE en ciernes que se separa de la consideración pero que resuelve o pueda resolver el caso de manera más justa y eficiente. Con ello, la conclusión de Holmes, en este caso *sub judice*, es que el acuerdo carece de una adecuada expresión del intento real de la parte del Estado de generar un cambio de posición por una promesa. Por esa razón, Dalton (1985) piensa que Holmes termina confundiendo forma con substancia en el sentido de que la consideración se confunde con esa intención que Holmes trata de separar (en realidad Holmes entra en un argumento circular[1142] entre forma y substancia), y al final la substancia valida la forma de ese intercambio negociado (pp. 1070-1071).

Para concretar la idea, los intentos de Holmes de separar la consideración de la intención para presentar la consideración como una expresión formal de la voluntad, no hace sino confundir la consideración con la intención misma. En el mundo moderno, el caso de la ferrovía sería resuelto sin necesidad de recurrir a una inexistente consideración, pero inclinándose por un análisis más enjundioso de la intención, de la equidad (*detrimental reliance* o "confianza detrimental").[1143]

1142 Taylor (1998), refiriéndose a Farnsworth, argumenta que la teoría de la consideración es problemática porque requiere una lógica circular. Específicamente, la ley solo reconoce la "confianza razonable" como base para un compromiso, pero la razonabilidad de la confianza de alguien depende de si resulta en un derecho legal (pp. 377 y ss).

1143 Powers (2002) menciona que el *estoppel* promisorio a veces se utiliza para hacer cumplir promesas cuando el elemento de intercambio es dudoso o inexistente (pp. 1 y ss.).

2.4. Los errores de cálculo de Williston

Como lo expresamos en párrafos anteriores, Williston propuso arrinconar la promesa vinculante ("*promissory estoppel*") en la sección 90 del Primer Restatement de los Contratos, con la esperanza de ayudar a la evolución de la consideración enraizada en la sección 75 del Primer Restatement como elemento del contrato basado en la doctrina del "negocio" o "bargain."[1144]

El *estoppel* creado por Williston para refundirlo en la sección 90 del Primer Restatement, toma el término de *estoppel*, pero le añade el otro término de "promissory" para acuñar la nueva doctrina de *promissory estoppel*, en el entendido de que el *estoppel* ya no estaría constreñido en los marcos probatorios o de evidencia, sino que pasa del derecho adjetivo al derecho sustantivo de la propiedad.[1145] Sin embargo, Williston habla de "confianza justificada" (*justificable reliance*) pero en realidad todo el lenguaje que Williston usa en la sección 90 es prestado de la doctrina del *estoppel*.

a). Williston piensa que el *Promissory estoppel*[1146] se basa solamente en transacciones gratuitas intrafamiliares y no comerciales. Este fue un error. Si bien es cierto que *Jorden v. Money*[1147] restringe la doctrina del *estoppel* en el siglo XIX a situaciones de representaciones sobre hechos y no sobre promesas o intenciones a futuro; sin embargo, los casos futuros y el desenvolvimiento del *promissory estoppel*, ha desbordado los campos no intrafamiliares, no comerciales.

1144 En efecto, Kraus (2008) manifiesta que el Primer Restatement of the Law of Contracts incorporó la teoría del intercambio de la consideración en la sección 75 (pp. 157-195).

1145 Stoljar (1955) menciona el *estoppel* promisorio como una "doctrina auxiliar" que el derecho estadounidense utiliza para "evitar resultados severos" derivados de la "falsedad intrínseca de la distinción unilateral-bilateral" (p. 519).

1146 En el próximo Capítulo (III) estudiaremos a profundidad el *Promissory estoppel*.

1147 *Jorden v Money*, (1854) 5 H.L.C. 185.

En efecto, revisando cómo el Segundo Restatement de los Contratos ha tratado la doctrina del *promissory estoppel* en 1981, tenemos que Williston estaba equivocado.

En efecto, el lenguaje del Segundo Restatement es parecido al del primero, y de hecho ambos Restatements conservan la sección 90 para el *promissory estoppel*, que es definido como:

> (1) Una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero y que induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa. El recurso otorgado por incumplimiento puede ser limitado según lo exija la justicia.[1148]

Lo que más o menos se traduce como:

> Una promesa que el promitente debe razonablemente confiar en inducir una acción u omisión de un carácter definitivo y sustancial en el aceptante o una tercera persona y que induce dicha acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo puede evitarse mediante la aplicación de la promesa. El remedio proporcionado por el incumplimiento de dicha promesa puede ser limitado en tanto la justicia lo demande.[1149]

1148 American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

1149 Y las ilustraciones del Segundo Restatement son muy interesantes (American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]:
Ilustración Número 1: A, sabiendo que B irá a la universidad, promete a B que le dará $5000 al completar los cursos. B va a la universidad, y se presta y gasta más de $5000 en gastos universitarios. Antes de culminar sus cursos, A revoca su promesa.

b). El otro error de cálculo de Williston es que Williston no tomó en consideración que el *estoppel* era una figura que había permanecido en el *common law* como una doctrina adjetiva, y no sustantiva. Es decir, es *estoppel* estaba restringido a los parámetros probatorios de la evidencia. Si bien es cierto, muchos consideran que éste fue un error de cálculo, en realidad, lo que hizo fue dar nacimiento a una doctrina nueva que se presta su fundamento teórico del *common law* inglés a modo de trasplante legal pero que le da tal encarnadura y adaptación en el sistema americano, que al final muchos autores hablan de la posibilidad de reexportar dicho principio de los EE.UU. al Reino Unido.[1150]

Sin embargo, la promesa de A es vinculante y debe cumplirla, así no haya estado teñida de "bargain" o "negociación.

Ilustración Número 2: A promete a B no ejecutar la hipoteca de la casa por un determinado tiempo. Confiado en esta promesa, B realiza gastos de mejoramiento de la propiedad. La promesa de A es vinculante y no podrá ejecutar la hipoteca sino hasta que se cumpla el plazo.

Ilustración Número 3: A demanda a B en una Corte municipal por daños personales causados por la negligencia de B. Después que el límite rescriptorio vence, B requiere a A descontinuar su acción en la Corte Municipal e ir a la Corte Superior donde se podría consolidar dicha acción por daños personales con otras acciones en contra de B. Si A desestima su acción, B estará impedido de usar el límite prescriptorio como defensa.

Ilustración Número 4: A trabajó para B como 40 años y B promete a A darle $200 de pensión cuando A se retire. A se retira, y no podrá zafarse de su promesa de recompensar a A.

Reliance de Terceras Partes: cuando una parte realiza una promesa a favor del beneficiario siendo predecible que una tercera parte actuará en base a dicha promesa.

Ilustración Número 5: A tiene una hipoteca en el terreno de B. B quiere hacerse una segunda hipoteca con C. A promete por escrito a B liberar una parte del terreno de la hipoteca si B paga una cantidad determinada de dinero a A. B se hace un préstamo de C, confiado en las promesas de A. Entonces A no podrá retractarse en detrimento de C.

Ilustración Número 6: A realiza una nota promisoria a favor de B, un banco, con el fin de darle una apariencia de solvencia económica y que siga operando. B fracasa y es tomada por C, un representante de los acreedores de C. C hace que la nota promisoria de A sea vinculante.

1150 Cfr. Ngugi, 2007, p. 460.

2.5. La teoría de la consideración de Williston en la práctica judicial

En el caso siguiente, *Maughs v. Porter*,[1151] veremos cómo la Corte se inclina por una teoría de la consideración que trata de equiparala con el valor o el objeto del contrato (a diferencia del caso anterior donde la Corte trato de equiparar la consideración con la intención). En *Maughs*, la Corte se inclinó por las consideraciones de Willinston para dar relleno a un concepto elusivo como es la consideración.

En el caso de *Maughs* el demandado (apelante) es llevado a Corte porque prometió que cualquier persona que asistiera a su subasta (donde se subastaría muchas tierras) tendría la oportunidad de ganarse un automóvil Ford, sin necesidad de ofrecer comprar tierras. El demandante asiste a la subasta y le dan un boleto para la rifa del automóvil, y no apuesta en ninguna de las subastas de tierras, pero sin embargo gana la rifa del automóvil.

La Corte en *Maughs* se enfrenta al terrible dilema de determinar si la promesa dada por el demandado *Maughs* era un contrato o un simple regalo condicionado y revocable a decisión del demandado antes de su ejecución. Entonces la Corte trató de encontrar si existía alguna consideración que pudiera pasar de parte del demandado hacia el demandante.

Para encontrar respuesta a esta pregunta, la Corte recurre a un ejemplo planteado por el propio Willinston, que narra el siguiente ejemplo: Un hombre generoso le dice a un pordiosero: "si vas a la tienda de ropa de la esquina, puedes comprar un abrigo y ponerlo a mi cuenta". Willinston menciona que la caminata del pordiosero a la tienda de ropa podría constituir consideración, pero no lo es porque la caminata no fue pedida a cambio de la promesa de comprarle el

1151 *Maughs v. Porter*, 157 Va. 415, 161 S.E. 242 (Sup. Ct. App. 1931).

abrigo, la caminata no fue el precio a pagar por la promesa del abrigo, la caminata fue nada más que una condición de la promesa gratuita.

En este ejemplo de Willinston cualquiera podría empezar distinguiendo que la identificación del promitente como "un hombre generoso" podría hacer inclinar el análisis y decidirse por un regalo en vez de un intercambio. Pero un análisis más enjundioso escapa de esta trampa semántica y se enfoca en el problema de construcción de la promesa.

Citando el ejemplo de Willinston, la Corte de *Maughs* encontró que no se encontraba frente a una donación con condición (como lo planteaba Willinston) sino frente un verdadero contrato donde la consideración era la caminata de la persona demandante al salir de su casa e ir a la exposición de tierras, y lo reputó como suficiente detrimento que sustenta una consideración. Es que la Corte pensó que para el demandado era mejor tener a un asistente en el local del remate que en su casa, porque un asistente podría apostar. Ese "podría" es la posibilidad que la Corte la configura como consideración del vehículo.

A diferencia de Willinston, la Corte opinó que sí había consideración y que sí era un contrato y no una donación; sin embargo, pese a que se encontraba frente a un contrato unilateral, la Corte sostuvo que este contrato era parecido a una lotería, y por ende las loterías estaban prohibidas en ese Estado y las consideró ilegales por el imperio de la ley.

En este caso, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, por cuanto opinó que, pese a que el contrato tenía consideración (y no era por lo tanto una donación con condición), no era ejecutable por ser una lotería contraria al orden público, de modo que el demandado ganó el caso.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones, sostuvo que ese tipo de transacciones pueden ser consideradas como contratos y no donaciones bajo una condición.

Posner (1997) cree que la teoría de la consideración en realidad es una mera formalidad contractual para distinguir los contratos de las liberalidades (así estén sujetas a un condicionante) (p. 605). Para que funcione tiene que recurrir a otros elementos del contrato como son la intención o el objeto (el valor) que los hace interactuar en el beneficio al promitente y el detrimento al promisario.[1152] Y es precisamente lo que hace Holmes, en el caso *Powers* visto anteriormente, inclinando la balanza de la consideración y echando mano del elemento contractual de la intención. Por su lado Willinston, en el caso *Maughs*, inclina la balanza de la teoría de la consideración al elemento objetivo o el valor. Con una u otra perspectiva, la consideración no puede vivir sino es a través de la intención (teoría de Holmes) o del objeto (Willinston). Lo que ocurre es que el énfasis de la teoría de la consideración en su aspecto formal[1153] hace que estos dos elementos (de la intención o del objeto) se barajen constantemente;[1154] sin embargo, ambos elementos

1152 En este sentido Posner (1997) argumenta que la teoría de la consideración, que postula que las personas dan regalos de manera altruista, es insuficiente para explicar el comportamiento de dar regalos. Específicamente, el autor señala que la teoría no explica por qué las personas no disminuyen sus donaciones a medida que una caridad se vuelve más rica, o por qué a menudo se dan grandes regalos de manera pública (pp. 572-574).

1153 En el mismo sentido, Barnett y Becker (1987) argumentan que la teoría de la consideración a menudo se elude mediante el uso del *estoppel* promisorio, lo que permite a los tribunales hacer cumplir promesas sin los requisitos formales de un contrato (p. 496).

1154 Posner (1997) argumenta que la teoría de la consideración no explica adecuadamente las diferentes actitudes de la ley hacia las promesas gratuitas y las transferencias gratuitas. Específicamente, la teoría no explica por qué la ley se niega a hacer cumplir las promesas gratuitas, pero sí hace cumplir las transferencias gratuitas (pp. 593-596).

subyacen como la substancia de la forma considerativa.[1155]

De cualquier forma, separando la segunda parte del caso de *Maughs* (que estima que la lotería como contrato estaba prohibida por imperio de la ley), y enfocándonos solamente en el tema del contrato, de la liberalidad y las donaciones con condiciones, vemos que las donaciones –como concepto- adolecen de muchos problemas. En el *common law* la teoría de los contratos no considera que las liberalidades sean donaciones,[1156] cosa que es diferente en el civil law (donde las donaciones sí son contratos). Sin embargo, la falencia del tema de las donaciones la puede muy bien suplir la teoría del PE, y nos preguntamos cómo pudiera haberse resuelto el caso *Maughs* si es que resultaba ser (como planteaba Willinston) una donación con

1155 Bajo este análisis, el agudo lector podrá fácilmente asemejar estos planteamientos de la consideración de Holmes y Williston con los planteamientos de Domat y de Pothier en el Código Napoleónico de 1804. Holmes y Williston representan para el *common law*, lo que Domat y Pothier representan para el *civil law*. Ambos encajan perfectamente sus planteamientos de la consideración y de la causa del contrato para asemejarla o a la intención o al objeto. La única diferencia es que para el *common law* la donación no es un contrato (y es por eso que la Corte de Williston desestimó la donación), mientras que para el *civil law* sí lo es (las donaciones son contratos con intención de liberalidad). Pero más allá de esta desemejanza, la causa y la consideración encuentran sus puntos de coincidencia retórica, filosófica y hasta jurídica en los planteamientos de Holmes-Williston y de Domat-Pothier.
Como veremos, el planteamiento de la causa clásica de Domat y Pothier es prontamente negado por el anticausalismo y seguido por el neocausalismo (en sus distintas modalidades), hasta el punto de engendrar teorías de la causa función, de claro corte italiano. Sin embargo, las teorías de la consideración de Holmes y de Williston encontraron una evolución en la misma realidad, la misma que, gracias al influjo de la equidad, absorbe, respalda y asimila otras alternativas como el *promissory estoppel* ("promesa vinculante"), o del detrimental reliance ("confianza detrimental"), entre otras figuras. Por su parte, Mc Kendrick (2017) piensa que el *estoppel* promisorio tiene el potencial de tener un impacto significativo en la doctrina de la consideración, es una de las "doctrinas alternativas" que ha surgido para abordar las "debilidades básicas" de la doctrina de la consideración, y puede usarse como sustituto de la consideración en ciertos casos (pp. 150-151, 160, 505-508).

1156 En efecto, Baron (1989) aclara que la doctrina de la consideración es "esencial para la dicotomía regalo/trato" y que se utiliza para "delimitar qué promesas son dignas de ejecución legal" (pp. 157-158).

condiciones (o sea, diferente a un contrato unilateral), y el PE podría haber amparado la parte de la demanda del asistente que reclamara daños emergentes, mas no el valor del bien, por cuanto la liberalidad o el espíritu de liberalidad no equivalía a una promesa que haga del contrato ejecutable.

El aporte de Willinston en este caso es el de enmarcar los ribetes y contornos de la teoría de la consideración. Willinston en este caso cree que una condición de una donación no puede ser consideración y por lo tanto no puede ser un contrato sino una donación sin consideración, mientras que la Corte pensó al contrario, que sí puede ser una consideración y por lo tanto un contrato, pero que no era ejecutable por acción del orden público.[1157]

Veamos ahora un caso muy famoso *Kirksey V. Kirksey*.[1158] Es una acción de *assumpsit* presentada por el demandado contra el demandante en error. La cuestión se presenta ante el Tribunal en un caso acordado, que muestra los siguientes hechos:

El demandante era la esposa del hermano del demandado, pero desde hacía algún tiempo era viuda y tenía varios hijos. En 1840, la demandante residía en terrenos públicos bajo un contrato de arrendamiento, se había quedado más tiempo del acordado y estaba establecida cómodamente, y habría intentado asegurar la tierra en la que vivía. El demandado residía en el condado de Talladega, a unas sesenta o setenta millas de distancia. El 10 de octubre de 1840, le escribió la siguiente carta:

1157 Por otro lado, la teoría de la *Culpa in contrahendo* (CIC), particularmente la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), no sería aplicable en este caso. Esto se debe a que no se evidencia una infracción a un deber de informar o un deber de negociar de buena fe. La situación actual se centra en determinar si estamos ante un acto de liberalidad o un contrato con consideración, lo que sitúa el debate fuera del ámbito de la CIC y el RINP.

1158 *Kirksey v. Kirksey*. Supreme Court of Alabama, 1845. 8 Ala. 131.

> "Querida hermana Antillico: Con mucha consternación supe que el hermano Henry había fallecido, junto con uno de sus hijos. Sé que tu situación es de pesar y dificultad. Antes tenías una mala situación, pero ahora es mucho peor. Me gustaría ir a verte, pero actualmente no puedo hacerlo con comodidad. No sé si tienes alguna preferencia por el lugar en el que vives o no. Si la tienes, te aconsejaría que obtengas lo que prefieras, vendas la tierra y abandones el país, ya que tengo entendido que es muy poco saludable y sé que la sociedad es muy mala. Si vienes y me ves, te proporcionaré un lugar para criar a tu familia, ya que tengo más terrenos abiertos de los que puedo atender; y debido a tu situación y la de tu familia, quiero que les vaya bien" (*Kirksey v. Kirksey*).[1159]

En un plazo de uno o dos meses después de recibir esta carta, la demandante abandonó su posesión sin disponer de ella y se mudó con su familia a la residencia del demandado, quien le proporcionó casas cómodas y le dio tierras para cultivar durante dos años, al final de los cuales le notificó que debía irse y la colocó en una casa incómoda en el bosque, de la cual después la hizo abandonar.

Se encontró un veredicto a favor del demandante por doscientos dólares, los hechos anteriores fueron acordados. Sin embargo, el Tribunal revocó la sentencia.

El juez Ormond dio su opinión en discordia de la siguiente forma:

> ORMOND, J. - La inclinación de mi opinión es que la pérdida e incomodidad que sufrió la demandante al abandonar su hogar y trasladarse a la residencia del demandado, a una distancia de sesenta millas, constituye una consideración

1159 *Kirksey v. Kirksey*. Supreme Court of Alabama, 1845. 8 Ala. 131.

> suficiente para respaldar la promesa de proporcionarle una casa y tierras para cultivar hasta que pudiera criar a su familia. Sin embargo, mis colegas opinan que la promesa por parte del demandado fue simplemente un acto de gratitud y que no procede una acción por su incumplimiento. Por lo tanto, el fallo del tribunal inferior debe ser revocado de acuerdo con el acuerdo de las partes.

Por su parte, Corbin (1952) expuso otros casos parecidos donde se negó la demanda por situaciones parecidas:

> En *Richards' Ex'r v. Richards*, 46 Pa. 78, 82 (1863), Lowrie, C.J., dijo: "No cabe duda de que hay pruebas de que el testador dijo que pagaría ese saldo, y que redactó notas que lo hubieran obligado a ello si se hubieran emitido según se había planeado inicialmente; pero estas notas se entregaron y destruyeron, por lo tanto, no tienen valor, y los valores efectivamente entregados no lo obligan. Por lo tanto, solo tenemos su consejo al demandante para comprar la granja y no mudarse al Oeste, acompañado de la garantía de que le proporcionaría el saldo del precio de compra. Pero esto no constituye un contrato legal. Las garantías de ayuda que acompañan a un amable consejo nunca se pretenden como contratos. Y cumplir con un consejo nunca se pretende como una contraprestación legal por las amables garantías que acompañan al consejo, aunque puede ser un motivo para su cumplimiento. Sería sumamente perjudicial para la libertad de las relaciones sociales crear incluso una sospecha en la mente del público de que esas amables ofertas de consejo y ayuda que se dan entre amigos y parientes podrían convertirse en contratos que la ley haría cumplir" (p. 383).

> *En Boord v. Boord, Pelham*, So. Aust. 58 (1866), el demandado escribió a su hermano en Inglaterra, prometiéndole un regalo de 2500 libras a su llegada a Australia. El hermano fue a Australia confiando en la promesa, pero el tribunal negó su cumplimiento. (p. 384).

Sin embargo, otra Corte resolvió este misterioso caso y valoró que la ejecución o la entrega del objeto hace una gran diferencia con la mera gratuidad (Verkerke, 2012, p. 83). Tenemos el caso de *Spooner's Adm'r v. Hilbish's Ex'r*, 23 S.E. 751, 753 (Va. 1895), donde la Corte sostuvo:

> Un regalo es un contrato sin contraprestación y, para ser válido, debe ser ejecutado. Debe ser ejecutado mediante la entrega real del donante al donatario, o a alguien en su nombre, del objeto entregado, o mediante la entrega de los medios para obtener el objeto del regalo, sin que el donante realice más actos para permitir al donatario tomar posesión del mismo. De lo contrario, solo hay una intención o promesa de dar, que, al ser gratuita, sería una mera nulidad. La entrega de la posesión del objeto entregado, o de los medios para obtenerlo, de manera que su disposición sea irrevocable, es indispensable para que el regalo sea válido.

Ahora bien, la diferencia entre un regalo condicional y un contrato ha sido explicado por Samuel Williston de la siguiente forma (Ricks, 2017):

> Si un hombre benévolo le dice a un vagabundo: "Si vas a la vuelta de la esquina a la tienda de ropa de allí, puedes comprarme un abrigo a mi crédito", ninguna persona razonable entendería que el corto paseo se pidió como contraprestación por la promesa; más bien, el entendimiento

> sería que en el caso de que el vagabundo fuera a la tienda, el promisor le haría un regalo. Sin embargo, el camino a la tienda es, por su propia naturaleza, susceptible de ser considerado. Es un detrimento legal para el vagabundo tomar el paseo, y la única razón por la cual el paseo no es considerado es porque en una interpretación razonable, debe sostenerse que el paseo no fue solicitado como el precio de la promesa, sino simplemente una condición de una promesa gratuita. A menudo es una cuestión difícil decidir si las palabras de condición en una promesa indican una solicitud de consideración o establecen una mera condición en una promesa gratuita. Aunque no existe una prueba concluyente para hacer la determinación, una ayuda para determinar qué interpretación de la promesa es más razonable es una investigación sobre si el cumplimiento de la condición beneficiará a la promisor. Si es así, es una inferencia justa que el suceso fue solicitado como consideración. Por otro lado, si, como en el caso del vagabundo mencionado anteriormente, el cumplimiento de la condición no beneficiará al promitente pero obviamente tiene el propósito de permitir que el prometido reciba un beneficio (un regalo), el cumplimiento del evento sobre el cual la promesa está condicionada, aunque producido por el prometido en confianza en la promesa, no se interpretará como contraprestación. (p. 119).

Como vemos, para el *common law* un regalo no es un contrato, es decir, es una mera gratuidad sin consideración y no es vinculante.[1160]

1160 Posner piensa que la teoría de la consideración no explica adecuadamente la utilidad social de las promesas y transferencias gratuitas, que pueden ser altruistas, mejorar el estatus o aumentar la confianza. (Posner, E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review*, pp. 602-604).

Por otra parte, para que exista un regalo condicionado (y por lo tanto sea vinculante como un contrato), la condición a cumplirse debe beneficiar al promisor, en cuyo caso estaríamos frente un contrato.[1161]

2.6. La consideración frente al beneficio del promitente o el detrimento del aceptante

La teoría de la consideración en el ámbito judicial implica un equilibrio entre dos elementos fundamentales: el beneficio para el promitente y el perjuicio para el aceptante de una promesa. Esta dinámica se refleja en diversos casos judiciales, donde se busca identificar tanto el beneficio tangible o intangible que recibe el promitente a cambio de su promesa, como el perjuicio o sacrificio que sufre el aceptante como resultado de confiar en esa promesa.

En la práctica, la consideración puede tomar muchas formas. Por ejemplo, puede ser un acto realizado por el aceptante que beneficia al promitente, o puede ser una renuncia por parte del aceptante a ejercer cierto derecho o llevar a cabo una acción, lo cual constituye un perjuicio para él. La clave está en que haya una relación de causa y efecto entre la promesa y la acción o renuncia del aceptante.

Los tribunales examinan estos elementos para determinar si existe una consideración válida y, por lo tanto, si un acuerdo es legalmente vinculante. La falta de consideración adecuada puede llevar a que un contrato sea considerado no vinculante o inválido.[1162]

1161 De igual manera, en este aspecto, Posner (1997) añade que el altruismo no es una explicación suficiente para el acto de dar regalos. El autor argumenta que el deseo de intercambio motiva la mayoría de los actos de dar regalos, y que las personas a menudo dan regalos para ganar estatus o construir confianza (pp. 567-609).

1162 Con respecto a la teoría de la consideración adecuada, Mitchell (2008) señala que la doctrina de la consideración es "extremadamente compleja y sutil", y que puede ser engañoso sugerir que una consideración debe ser negociada. Además, el hecho de que un "grano de pimienta" pueda ser suficiente como consideración plantea preguntas sobre la adecuación de la contraprestación por la promesa (p. 57). En el mismo sentido, Pollock (1902) argumenta que la doctrina de la consideración

Este concepto es central en el derecho contractual, y su interpretación y aplicación pueden variar según el contexto específico de cada caso.

El problema no era saber si existía una "adecuada" consideración, sino si existía al menos "suficiente" consideración.[1163] Suficiente consideración significa un poco de consideración, mientras que consideración adecuada significa una consideración conmensurable con el valor de la promesa hecha. (Dalton, 1985, p. 1080).

Sin embargo, el Segundo Restatement de Contratos se enfoca no en el dilema de suficiente-adecuada consideración,[1164] sino en el tema de la presencia o ausencia de consideración. Pero aún en este caso, el medir la presencia o ausencia de consideración corresponde a realizar un *test* formal; mientras que medir cuán adecuada es la consideración, corresponde a un test substancial.

La Corte en el Caso *Browning* se inclina por la postura de Williston donde la consideración no es el beneficio al promitente sino

---

se ha extendido más allá de su ámbito adecuado, que es regular la formación de contratos, y se ha utilizado para regular y restringir la extinción de contratos. Esto ha llevado a algunos resultados problemáticos, como la regla de que una deuda puede ser saldada aceptando un sombrero de castor o un grano de pimienta, pero no aceptando una suma de dinero ligeramente menor (p. 289).

1163 Ballatine (1913) analiza diversas teorías sobre la consideración. Algunas sostienen que el acto mismo de prometer es la consideración, mientras que otras afirman que es la obligación creada por la promesa la que constituye la consideración. Otra teoría plantea que la consideración se encuentra en la reciprocidad de un trato o intercambio.

Además, Ballatine explora teorías que postulan que las promesas mutuas son consideración una de la otra porque son vinculantes y, por lo tanto, un detrimento legal. Otra teoría argumenta que la consideración es el rendimiento prometido, no la promesa en sí. Por último, se aborda el aspecto secundario de la consideración, que examina si una promesa de compensación adicional es válida (pp. 423-434).

1164 Pierce (1991) sostiene que la doctrina de la consideración adecuada, tal como la aplican los tribunales inferiores, se ha convertido en un pretexto para rechazar cualquier decisión de política que no sea del agrado de los jueces revisores. También argumenta que la doctrina es "infinitamente maleable" y permite demasiada discreción por parte de los jueces (pp. 28-30).

el detrimento del aceptante de la promesa. Y es que la Corte se inclina por la postura del detrimento legal que va más allá del real beneficio al promitente o un detrimento efectivo al aceptante. Un detrimento legal puede ser renunciar a algo a lo que el aceptante tenía derecho antes de que la promesa sea hecha, o hacer o abstenerse de hacer algo a lo que estaba en derecho de hacer o no hacer. (Dalton, 1985, p. 1080).

Pero el caso *Browning* fue modificado por otro caso *Sailor v. Ohlde*, 71 Wn. 2d 646 (Wash. 1967), y también encuentra su límite en otro caso parecido, pero de diferente resolución: *D.C. v. T.W.* 70 Wash.2d 145, 422 P.2d 314 (1967), ilustra un posible "serio" acuerdo bajo la apariencia de una formalidad que no condice con la substancia. En este caso, una madre de un niño recién nacido acuerda con un hombre (que no es el padre del niño), frente a un notario público, a que el hombre se comprometa a dar alimentos al niño hasta su mayoría de edad o hasta que se case (cualquiera que sucediera primero). El caso es que el hombre, después de firmar ese pacto, deja de satisfacer sus "obligaciones" y la mujer lo lleva a Corte. La Corte le da la razón a la mujer, pero en la Sala de Apelaciones de Texas, la Corte revoca la decisión y se inclina en pensar que la consideración, si bien es un elemento formal, no condice con la realidad, con el valor objetivo y substancial de que la mujer tenía custodia del hijo y por ley ella estaba obligada a sustentarlo, y no un hombre que no es su padre, por más que haya existido un hecho formal cual es el compromiso firmado delante de un notario público. Esto estaba corroborado por la Ley de Texas de 1972, donde el padre de un hijo ilegítimo no tenía la obligación de proveer de alimentos, mientras que la madre tenía custodia total del hijo junto con la obligación de proveerle de alimentos. "Consideración" no es todo, sentenció la Corte.

En estas dos sentencias (especialmente *D.C. v. T.W.* 70 Wash.2d 145, 422 P.2d 314 (1967)), el juego entre la consideración, la intención

y el objeto se entrelazan. La consideración no es nada y está ausente cuando no refleja un hecho objetivo. El objeto prevalece sobre la consideración, porque la consideración es un elemento vacío que muchas veces no reproduce el verdadero valor de la transacción. Es, gracias a estas decisiones, donde los verdaderos elementos del contrato inclinan la balanza por una decisión más justa y responsable.[1165]

En resumen, los casos *Browning v. Johnson* y *D.C. v. T.W.* abordan cuestiones clave sobre la naturaleza y el papel de la consideración en los contratos desde diferentes perspectivas.

1. En *Browning v. Johnson*, la Corte Suprema del Estado de Washington se enfrentó al dilema de encontrar consideración en el contrato de cancelación de un contrato primigenio que era inejecutable. La corte finalmente concluyó que el contrato de cancelación tenía "adecuada consideración" y, por lo tanto, no permitió a Browning recuperar los $40,000 que había pagado para cancelar el contrato original. Este caso resalta la importancia de la consideración no sólo en términos de beneficio para el promitente, sino también en términos de detrimento para el aceptante de la promesa. La corte adoptó la perspectiva de que la consideración implica un detrimento legal, que puede incluir renunciar a algo a lo que el aceptante tenía derecho antes de la promesa, o hacer o abstenerse de hacer algo a lo que tenía derecho.

2. En contraste, el caso *D.C. v. T.W.* ilustra cómo la consideración, aunque formalmente presente, puede no reflejar la realidad substancial de la situación. En este caso, una madre acordó con un

1165 Barnett (1986) aborda dos teorías principales de la consideración: la "teoría del bargain de la consideración" y la "teoría de la equidad sustantiva". La teoría del trato se centra en el proceso por el cual las partes llegaron a un acuerdo, mientras que la teoría de la equidad sustantiva evalúa el contenido de la transacción para determinar si es "justa" (pp. 282-284).

hombre, que no era el padre de su hijo, que este último proporcionara manutención al niño. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Texas revocó la decisión inicial, argumentando que la consideración no reflejaba la realidad substancial, dado que, por ley, la madre tenía la custodia y la obligación de mantener al niño, y no un hombre que no era su padre. Este caso pone de relieve cómo la consideración puede ser un elemento formal que no siempre captura el verdadero valor de la transacción.

Estos casos destacan la complejidad y los matices involucrados en la evaluación de la consideración en los contratos, donde la intención, el objeto y el valor substancial del acuerdo juegan roles cruciales en determinar la validez y la justicia de las decisiones contractuales.

2.7. Enfoque convencionalista de la consideración

Fried, fiel a su postura convencionalista, cree recalcitrantemente que la promesa es suficiente para engendrar obligaciones, sin necesidad de recurrir a otros elementos como el beneficio o el reliance. Sin embargo, el mismo Fried cree también que esa postura no solamente promueve la libertad individual sino también el respeto a las promesas. Y es que para Fried,[1166] esta mismidad autoritativa de la

1166 Según Kronman (1981), Fried es anti-colectivista por tres razones:
a) Fried se opone a la visión de Grant y Atiyah (quienes piensan que la teoría contractual es una forma de derecho "tort", o sea una adjudicación de resultados y efectos jurídicos a ciertos acontecimientos jurídicos, independientemente de la voluntad, algo así como la responsabilidad extracontractual). Fried piensa que la voluntad contractual es preeminente. (p. 406).
b) Las partes contractuales entran al negocio contractual de buena fe y actúan conservando el bienestar de ambos. Esta posición de Fried es criticada por Kronman (1981) en el sentido de ser tiránica, porque si las personas están obligadas a compartir sus satisfacciones e insatisfacciones con el colectivo social, entonces su libre autonomía queda reducida o minimizada. (p. 406).
c) Finalmente, aun sin estar en desacuerdo con la redistribución social de la riqueza, Fried piensa que la manipulación de la estructura contractual para alcanzar fines redistributivos, es ineficiente e inmoral. (p. 406).

promesa se funda en un basamento moral que depende de sí mismo, en una lejana reminiscencia a las posturas kantianas del imperativo categórico (a diferencia del imperativo hipotético) donde una norma moral se debe cumplir porque se debe cumplir, sí o sí. (Kronman, 1981, p. 411-413). Y como lo dice Fried: "La fuerza moral detrás del contrato como promesa es la autonomía: las partes están vinculadas a su contrato porque han elegido estarlo" (Fried, 1980, p. 57).

Pero si esto fuera tan cierto, entonces parece contraproducente la postura de Fried de recurrir también al "creer" (trust) como fundamento de la promesa. Esto parece contradictorio porque el valor "creer" es concomitante con el "reliance", son instituciones similares. Y es que moralmente es inadmisible promover la creencia en promesas de la otra parte para darle libertad de quebrarlas a la otra parte en cuanto se ha confiado en tales promesas.

Y de allí vamos a la pregunta de por qué algunas promesas pasan a la categoría de "contratos" y otras promesas se quedan en promesas simplemente.

Fried, en su afán de desligar la consideración como elemento esencial del contrato cree que el efecto vinculante del contrato no radica en dicha consideración (que es un elemento superfluo) sino en la libertad con la que se brinda la promesa, la misma que no es injusta, y en la seriedad[1167] y conciencia de que el efecto legal vincula a la promesa. (Kronman, 1981, p 415). Con esto prácticamente la decisión de si una promesa es un contrato o no, queda en las manos de las partes en sí.

Asimismo, para distinguir las promesas sociales (como por ejemplo una invitación a cenar) de las promesas vinculantes, Fried piensa en

1167 Para Navarretta (2003), la teoría de la consideración no es esencial por varias razones. Por ejemplo, no es necesaria para la interpretación de un contrato, para verificar la legalidad de un contrato o para garantizar la seriedad de un contrato (p. 10).

situaciones hipotéticas que funcionan no como consideraciones de autonomía o impacto social, sino como ejemplos.[1168]

Es que el análisis de Fried (1981) parte de comprender que el contrato se fundamenta en la voluntad y ésta a su vez tiene su fundamento moral en la teoría de la autonomía. (pp. 1-2) Fried (1981) empieza su análisis a partir del nacimiento y el fundamento del contrato a partir de la Revolución industrial del Siglo XIX y los principios del liberalismo individualista y la economía de mercado (p.2). De allí es donde Fried (1981) percibe que a lo mejor el fundamento del contrato es la promesa, y esta promesa es autoimpuesta (pp. 2, 5) renunciando de esta manera a cualquier insinuación a la consideración o al reliance. Obviamente este principio de la autonomía como motor del contrato basada sobre la figura de la auto imposición de la voluntad, es una idea kantiana, basada en los imperativos categóricos. Kant hablaba que había cosas que una persona las hacía porque o le gustaban o porque tenía que hacerlas a pesar que no le gusten. Lo primera era un imperativo hipotético, y lo segundo era un imperativo categórico. Asimismo, este imperativo categórico estaría basado en la creencia del "trust" y el respeto que es un principio moral, porque es un concepto errado prometer algo y después quebrar esa promesa. (Fried, 1981, p. 17).

1168 Como recordamos, Fried (1981) comenta varias críticas a la teoría de la consideración, que incluyen lo siguiente: que el concepto de obligación autoimpuesta es incoherente, que la teoría no explica por qué alguien está moralmente obligado a cumplir una promesa, que debilita la fuerza de una obligación, que es artificial y deja un vacío en el régimen general de ejecución, que no da cuenta de varios casos, que es internamente inconsistente, que no es necesaria una transacción o contraprestación para una obligación promisoria o contractual, que lleva a la equivocada equiparación de la consideración con la aceptación, que requiere un elemento adicional más allá del principio promisorio y que es demasiado vaga. Además, Fried hace referencia a algunas críticas a la regla en el caso *Foakes v. Beer* y que algunos académicos argumentan que la teoría ya no es necesaria (pp. 5-67).

Cuando Fried (1981) habla de "reliance" (confianza) es cuando dice que el "reliance" (confianza) existe porque la promesa es vinculante, y no al contrario. (p.19). Principalmente lo que intenta hacer Fried es delimitar bien la línea entre los que asimilan los contratos a los "torts", dejando que la promesa se absorba en los principios del "orden público". Asimismo, Fried plantea que la forma de medir los daños es a través del concepto de los daños expectaticios (lucro cesante diríamos en el *civil law*), o sea lo que el aceptante espera obtener como beneficio de la promesa del promitente, pero si no se pueden medir los daños expectaticios, entonces la forma de medida sería diferente y basada solamente en el daño emergente dependiendo de la situación.

Así en el caso de *Security Stove v. American Ry. Express, Missouri Court of Appeals*,[1169] el demandante, dueño de una compañía de cocinas contrata con el demandado, una compañía manufacturera de cocinas. Luego, confiando que las cocinas serían entregadas a tiempo, el demandante organiza una convención y hace mucha propaganda para poder ofertar las cocinas que el demandado debería entregarlas. Desafortunadamente, el demando no entregó ninguna de las cocinas a tiempo y la convención tuvo que cancelarse. El demandante demandó al demandado y ganó la demanda, pero solamente ganó los daños que constituían los costos de haber alquilado el lugar para la convención y gastos de transporte, pero no se calculó los daños expectaticios de lo que pudo haber ganado el demandante de haberse producido la conferencia porque era imposible de detectar con certeza el monto de lo que pudo haberse ganado. De esta forma, el "reliance" (confianza) constituyó la base para calcular los daños, en situaciones donde es imposible calcular el daño expectaticio (lucro cesante).

1169 *Store Mfg. Co. v. Am. Rys. Exp. Co.*, 227 Mo. App. 175 (Mo. Ct. App. 1932).

Es curioso ver además cómo Fried mira la resolución de conflictos a partir de su teoría de que los contratos se enancan en la autonomía y ésta es autoimpuesta, de donde su vinculatoriedad genera "reliance" (confianza).

Además, cuando Fried (1981) opina sobre los contratos y la consideración, piensa que, si bien los contratos están basados en el intercambio de promesas, no es necesario que dichas promesas sean adecuadas o proporcionales, solamente es necesario que se establezca el intercambio; y para Fried (1981), esa libertad de contratar y el concepto de la innecesaridad de la proporcionalidad, son conceptos contradictorios (pp. 29-30).

En el caso *Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891), William E. Story promete $5,000 a su sobrino William E. Story II si se abstuviese de consumir drogas, alcohol, tabaco, de jugar por dinero, o de hablar groserías hasta los 21 años. El sobrino cumplió y el tío le mandó una carta prometiendo que los $5,000 serían transferidos al sobrino. Después de 12 años no se produjo tal transferencia y el sobrino asigna su derecho al dinero a Louisa Hamer, demandante, quien va contra el albacea de la herencia del tío Franklin Sidway. La Corte opinó que no había contrato por ausencia de consideración, pero en apelación la Corte de apelaciones cambia de opinión y opina que sí hubo consideración en la abstención de una conducta permisible del sobrino.

El Juez Paker, en este caso, expuso:

> Una consideración valorable, en el sentido de la ley, puede consistir en un derecho, interés, ganancia o beneficio para una parte, o en un detrimento, pérdida o responsabilidad dada, sufrida o tomada por la otra. Las Cortes no preguntarán si la cosa que forma la consideración en efecto beneficia al aceptante o a una tercera parte, o si hay un valor sustancial

> para alguna. Es suficiente que algo sea prometido, hecho omitido o sufrido por la parte a quien la promesa es hecha como consideración por la promesa hecha a él. (*Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).

Esta definición sale básicamente del caso *Currie v Misa*, (1875) LR 10 Ex 153, 162. Lo que intenta hacer Williston es añadir el elemento de la negociación "bargain" a los clásicos conceptos de la consideración como beneficio para el promitente o perjuicio para el aceptante.[1170]

De otro lado, la visión que se tiene de la consideración de que debe ser un beneficio al ofertante, cambia rotundamente en este caso, puesto que la Corte opina que la consideración no será medida por el beneficio al ofertante, que en este caso no existe ningún beneficio, sino en el detrimento o en la abstención de una conducta permisible del aceptante. Asimismo, el aceptante pudiera aceptar el contrato a través de su conducta simplemente, es decir mediante la abstención, y no a través de brindar una nueva promesa.

En este respecto, Fried (1981) cree encontrar una contradicción entre el concepto de contrato y el de consideración. Es decir, si los contratos están basados en la libertad, o sea en la autonomía de establecer relaciones jurídicas, entonces no habría por qué limitar esta autonomía a operaciones enancadas solamente en el intercambio negociado. Fried cree que esta limitación es encorsetante[1171] y dictatorial,[1172] y corrompe el concepto mismo de la

---

1170 Barnett (1986) señala que la "teoría del trato de la consideración" surgió de la necesidad de limitar la aplicabilidad de assumpsit. (pp. 289-291).

1171 En este sentido, Pollock (1902) menciona que la teoría de la consideración ha sido criticada por ser demasiado formalista y por no tener en cuenta las intenciones de las partes involucradas (pp. 28-30).

1172 Fried (1980) estudia en detalle la teoría de la consideración, señalando que no siempre ha funcionado como un control sustantivo sobre la base moral de un trato o acuerdo (pp. 1862-1865).

libertad de contratar. Y es que el carácter anómalo de la doctrina de la consideración ha sido ampliamente reconocido, como lo venimos observando. Una variedad de estatutos ha derogado algunas de sus manifestaciones más molestosas, como la inaplicabilidad de las opciones gratuitas o las modificaciones contractuales.[1173] También ha habido propuestas para su virtual abolición. (Fried, 1981, p. 35).

Finalmente, Fried (1981) concluye que la teoría de la consideración no presta ninguna utilidad a la teoría contractual:

> Nuestra conclusión es que la doctrina de la consideración no ofrece una coherente base alternativa para la vinculatoriedad de los contratos, mientras que aún reconoce que la promesa es necesaria. Junto a esta conclusión he hecho o insinuado un conjunto de calificaciones a mi tesis.
>
> La promesa debe ser libremente hecha y no ser injusta… El movimiento en el derecho sugiere que tendremos en un futuro no muy distante un conjunto de principios para determinar qué promesas deberían ser vinculantes en términos de justicia de cada tipo. Estamos moviéndonos en esa dirección como resultado de decisiones y estatutos que prestan validez a diversos tipos de promesa cuya legitimidad ha sido puesta en duda bajo la doctrina de la consideración: opciones contractuales, ofertas firmes, compromisos de dudas, modificaciones contractuales, y los "*promissory estoppel*s". Luego, estamos moviéndonos en esa dirección como resultado de una voluntad más abierta de estigmatizar ciertas promesas como injustas o excesivas

1173 Con respecto a las modificaciones y el rol de la consideración, Mitchell (2008) menciona que la doctrina de la consideración es "inútil" como prueba de la validez de las modificaciones en los acuerdos contractuales (pp. 64-65).

> y negar vinculatoriedad en ese campo más que en el de la insuficiente consideración (p. 35).

Charles Fried, en su enfoque convencionalista, sostiene que la promesa por sí misma es suficiente para crear obligaciones contractuales, sin necesidad de elementos adicionales como beneficio o reliance.[1174] Fried ve en la promesa un fundamento moral autónomo, análogo a los imperativos categóricos kantianos, donde la promesa es vinculante debido a la elección autónoma de las partes. Sin embargo, Fried también considera la confianza como un aspecto esencial de la promesa, lo que parece contradictorio dado que la confianza se relaciona con el reliance. En su visión, el efecto vinculante del contrato radica en la libertad de la promesa y su seriedad, no en la consideración, lo que hace que la distinción entre promesas contractuales y sociales dependa de la autonomía y el impacto social.

Fried parte de la idea de que el contrato se basa en la voluntad y la autonomía, remontándose a los principios del liberalismo individualista y la economía de mercado de la Revolución industrial. Argumenta que la promesa es autoimpuesta y autónoma, renunciando a elementos como la consideración o el reliance. Además, plantea que la medición de daños en los contratos debe basarse en los daños expectaticios o en el daño emergente, dependiendo de la situación.

1174 Kronman (1981) argumenta que la teoría de la consideración de Fried, que sostiene que una promesa es suficiente para fundamentar la responsabilidad incluso sin confianza o beneficio, no es convincente. Kronman sostiene que el argumento de Fried es circular y que su énfasis en la importancia de la confianza en realidad respalda una concepción de la obligación contractual basada en la confianza en la que la confianza desempeña un papel fundamental (pp. 409-411).

2.8. Teorías redistribucionistas de la consideración

En el caso *Obde v. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (1960) la Corte de Apelaciones estimó que la Corte de origen no había cometido un abuso de discreción cuando ordenó que el vendedor de una casa debió haber informado a los compradores de la misma que había termitas en la madera de dicha casa. Si bien es cierto, la Corte de Apelaciones reconoció la existencia de la doctrina "caveat emptor" (que el vendedor se dé cuenta), que consiste básicamente en que el vendedor no tiene ninguna obligación de alertar al comprador de las condiciones de la casa al momento de la transferencia; sin embargo, esta Corte mencionó que dicho principio no aplica en situaciones donde el silencio del vendedor pone en riesgo la vida o la salud del comprador. Gracias a esta interpretación, la Corte decidió que el silencio del vendedor era fraudulento. De esta manera no existió contrato, y el vendedor quedó como responsable de los daños ocasionados al comprador (que son los gastos en contratar un experto en eliminación de termitas).

Para los ojos de Fried (1981), esta decisión es correcta; sin embargo, el mismo Fried propone un nuevo ejemplo, que es aquél en el que una compañía petrolera encuentra petróleo en un terrero –como fruto de sus exploraciones- y contacta al dueño del terreno para comprarlo. El dueño del terreno es un agricultor que ignora lo que contiene el terreno. ¿En este caso, existe la obligación del comprador de decirle al dueño del terreno sobre el motivo de la compra? ¿O sea, el petróleo? (Kronman, 1981, p 419).

La pregunta es entonces por qué en un caso (Obde) el vendedor sí tiene la obligación de decirle al comprador sobre la existencia de termitas en la casa, y por qué en el caso del terreno el comprador no tiene la obligación de decirle al vendedor sobre la existencia de petróleo. Fried contesta que en el caso de Obde, el vendedor mintió y cometió fraude al no manifestar lo que sabía, sin embargo, la

misma Corte es consciente del principio "el comprador debe darse cuenta", pero invierte la figura para expresar que el vendedor tiene la obligación de informar cuando está en juego la vida o la salud.[1175]

Sin embargo, en el caso de Obde es ostensible la inmersión del aparato judicial y estatal en las decisiones privadas. El principio de que el comprador debe darse cuenta (caveat emptor) es reconocido y sabido por el Tribunal de Apelaciones, sin embargo, el propio tribunal reconoce otra norma por medio de la cual el vendedor tendría la obligación de compartir información sobre la casa cuando esta información se refiera a condiciones que puedan poner en peligro la vida o la salud del potencial comprador. Con este resultado, el mensaje distribucionista es claro, sólo en casos de peligro a la salud o a la vida, el vendedor estaría compelido a compartir esa información. Pero de seguirse esa lógica, entonces también el dueño del terreno podría muy bien alegar que la falta de información de la compañía sobre la presencia de petróleo en su propiedad, generó que su salud se empeore, porque de haber sabido tal información de antemano, entonces el dueño hubiera negociado un precio más justo que condiga con su quebrantada salud, o la salud de un ser querido.

Sin embargo, en la práctica Obde no es la norma actual y el "caveat emptor" (el comprador debe darse cuenta) es el principio que rige los contratos. De otra manera, la intromisión estatal a las transacciones privadas sería grande. "Uno de los principios fundamentales del pensamiento del siglo XIX temprano era que el individuo es el único juez de lo que es mejor para sus propios intereses." (Atiyah, 1981, p. 199).[1176]

1175 Pound (1922) argumenta que el requisito de la consideración no es necesario para prevenir el fraude, ya que esto puede lograrse por otros medios (pp. 282-283).

1176 Al comparar el caso Obde con la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), derivada de la *Culpa in contrahendo* (CIC), se observa que no es aplicable el RINP, ya que el vendedor no se retira de las negociaciones, sino que omite información

En el caso *Obde v. Schlemeyer*, la Corte de Apelaciones decidió que el vendedor de una casa tenía la obligación de informar a los compradores sobre la presencia de termitas, a pesar del principio de 'caveat emptor' (que el comprador se dé cuenta), que generalmente exime al vendedor de tal obligación. La Corte consideró que este principio no se aplica cuando el silencio del vendedor representa un riesgo para la vida o la salud del comprador, calificando el silencio del vendedor como fraudulento y responsabilizándolo por los daños causados al comprador.[1177]

Charles Fried, comentando sobre este caso, considera que la decisión es correcta, pero plantea una situación hipotética donde una compañía petrolera descubre petróleo en un terreno y se pregunta si existe la misma obligación de informar al dueño del terreno sobre el petróleo al momento de comprarlo. Argumenta que en el caso Obde, el vendedor sabía y ocultó información crucial, pero en el caso hipotético del terreno, no se menciona si existe la misma obligación para el comprador. Fried parece apoyar la idea de que la obligación de revelar información sólo es aplicable en casos donde la seguridad y la salud están en riesgo, y no necesariamente en todas las transacciones.[1178]

---

crucial al momento del contrato, afectando la salud del comprador. Esto se asemeja más a un caso de *misrepresentation* en la responsabilidad extracontractual (torts), donde ciertas obligaciones legales son impuestas a los actores comerciales. La omisión relevante en el caso Obde podría ser abordada por la segunda vertiente de la CIC, que se relaciona con el deber de informar y es similar a la *misrepresentation*, como se discutió en el tercer capítulo de esta obra.

1177 Este tipo de casos vimos en el capítulo III con respecto al deber de informar y el *misrepresentation*.

1178 El deber de revelar información lo vimos en el capítulo II. Lockart menciona que la crítica principal a la teoría de la consideración parece ser que es poco práctica para las empresas, ya que las obligaría a revelar prematuramente sus estrategias comerciales. Además, algunos tribunales argumentan que el deber de revelar información sólo surge una vez que un plan ha sido realmente adoptado, no cuando está siendo seriamente considerado. (Lockhart, J. (2006). Serious Consideration

En la práctica, el principio de "caveat emptor" sigue siendo la norma en los contratos, limitando la intervención estatal en las transacciones privadas. Este enfoque está en línea con la noción del siglo XIX de que el individuo es el mejor juez de sus propios intereses.[1179] La decisión en Obde representa una excepción a esta norma, aplicable sólo en circunstancias específicas donde la salud o la vida están en peligro.

La evolución del principio de "caveat emptor" (comprador, cuidado) hacia un enfoque más equilibrado que impone un deber de informar es un tema central en el derecho del consumidor y la regulación comercial. Tradicionalmente, "caveat emptor" significaba que el comprador asumía el riesgo de calidad e idoneidad de un producto, pero con el tiempo, la legislación y la jurisprudencia han evolucionado para proteger mejor al consumidor.

Como se exploró en el capítulo III, el deber de informar se ha fortalecido en varias áreas del derecho, particularmente en leyes que protegen al consumidor y previenen el fraude o la representación errónea (*misrepresentation*). Esto refleja una tendencia global hacia la protección de los consumidores, donde los vendedores y proveedores de servicios tienen una responsabilidad creciente de ser transparentes y honestos sobre sus productos y servicios.

Las leyes de protección al consumidor, por ejemplo, obligan a los comerciantes a proporcionar información precisa y completa sobre lo que están vendiendo, y a menudo prohíben prácticas engañosas[1180]

Doctrine and Duty of Disclosure Concerning Potential Changes to an Employee Benefit Plan. 15 A.L.R. *Fed. 2d* 1, pp. 7-8).

1179 Kreitner (2001) recuerda que la teoría de la consideración se convirtió en el "eje alrededor del cual giraba todo el derecho de los contratos" a finales del siglo XIX (p. 1878).

1180 Stoljar (1955) plantea que la teoría de la consideración es "inelegante" y "engañoso", y que incurre en una petición de principio al no explicar la base para implicar una

o fraudulentas. En el contexto del fraude y la misrepresentación, la ley exige que las declaraciones hechas sobre un producto o servicio sean verdaderas y que se divulgue cualquier información relevante que pueda influir en la decisión del comprador.

Este cambio refleja un reconocimiento de que los consumidores a menudo están en desventaja en cuanto a información y experiencia en comparación con los vendedores, y que un mercado justo y eficiente depende de la transparencia y la honestidad.[1181] En resumen, la doctrina de "caveat emptor" ha cedido lugar a un entendimiento más equilibrado de las transacciones comerciales, donde la responsabilidad de informar y actuar de manera justa recae más equitativamente en ambas partes de una transacción.

3. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA CONSIDERACIÓN

3.1. Críticas a la teoría de la reciprocidad entre la consideración y la promesa

Holmes y Williston, como lo vimos, promovieron la teoría de la inducción convencional recíproca entre consideración y promesa, con el fin de avalar su visión de encontrar principios contractuales objetivos y predecibles. Sin embargo, hubo detractores de Holmes y Williston.

Podemos ver un ataque a la teoría de la consideración en la postura del Juez Cardozo, en el caso de la subscripción por caridad, *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua County Bank of Jamestown*, donde un fondo se iba a formar para mantener el nombre del donante. En

promesa subsidiaria (pp. 515 y ss.).

1181 Para Liebman y Nathan (1987) la teoría de la consideración es una herramienta poco confiable para resolver la exigibilidad de acuerdos posteriores a la reflexión. Se señala que diferentes jurisdicciones estatales están divididas en la cuestión y que otros principios como la equidad y la eficiencia del mercado a menudo son las verdaderas fuerzas impulsoras detrás de las decisiones judiciales (p. 1574).

vez de basar su análisis en la teoría de la "promesa vinculante",[1182] desafió[1183] la teoría unificada de la consideración recíproca de Holmes y Williston, diciendo: "Las mitad-verdades de una generación tienden a veces a perpetuarse ellas mismas en la ley como verdades completas de otra generación, cuando la constante repetición atrae tales calificaciones, tomadas una vez por aceptadas, desatendidas u olvidadas."[1184]

Cardozo entonces se apartó en este caso de las consideraciones de Holmes del intercambio negociado.[1185] En cuanto a la institución de caridad, Cardozo consideró que existió consideración en la obligación que asumió la caridad de perpetuar el nombre del donante al momento de aceptar un 20% de la donación. Y en cuanto al donante, también encontró consideración en cuanto a que el donante tuvo un motivo egoísta y personal cual es la preservación de su nombre. Este último aspecto de la consideración es lindante con los caracteres subjetivos y morales de la consideración.[1186]

1182 Además, Eisgruber (2000), estudiando el tema de las "medias verdades" que plantea Cardozo al referirse a la doctrina de la consideración, reproduce la crítica principal que parece ser que la "doctrina clásica" de la consideración es sólo una "media verdad" que requiere aclaraciones adicionales para ser precisa. Cardozo argumenta que la "verdad completa" debe tener en cuenta los diversos precedentes que entran en conflicto con la doctrina clásica (pp. 1528-1530).

1183 Con respecto a este tema, Bridgeman (2005) estudió este caso y concluyó la jurisprudencia de Cardozo no es tan radical como algunos han afirmado, analizando cómo el enfoque de Cardozo sobre el derecho contractual es "conceptual pero pragmático". (pp. 180-181).

1184 *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua County Bank of Jamestown*, 159 N.E. 173, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927).

1185 Bridgeman (2005) considera que la "doctrina clásica" de la consideración ha sido "borrada" y "sometida a una expansión" por la doctrina del *estoppel* promisorio, y que algunos críticos argumentan que Cardozo ha hecho que el término "consideración" sea "sin sentido" (p. 182).

1186 Bridgeman (2005) recuerda: "Hasta este punto, la discusión de Cardozo no es muy desconcertante. Ha argumentado que la doctrina clásica de la consideración no es la prueba de beneficio/detrimento como se establece en Hamer, sino más bien la teoría negociada de la consideración respaldada por Holmes, Langdell y Williston.

Irónicamente Holmes, el defensor de la teoría del intercambio negociado y el intercambio entre la promesa y la consideración, reconoció que el intercambio no era la única base de la accionabilidad, antes de que él dejara la Corte Suprema de Massachusetts, en el caso *Martin v. Meles*, donde manifestó con referencia al factor de la confianza o dependencia, que "las cortes han avanzado a grandes niveles en descubrir la implicación de tal equivalencia, a veces tal vez habiéndolo encontrado en asunto que podrían parecer ser no más que condiciones o consecuencias naturales de la promesa.[1187]

Por su parte Henry (1917) explica sobre el origen de los contratos formales anglo-sajones y cómo se adaptaron del contrato procedimental a fines comerciales (pp. 677-678). Explica que el contrato procedimental surgió como una forma de negociación entre familias para resolver problemas a nivel local y que, si no se llegaba a un acuerdo, el asunto era resuelto por la asamblea local en audiencia. Posteriormente, este tipo de contrato fue modificado para adaptarse a fines comerciales y se introdujo la entrega-promesa, en la que el deudor se comprometía a pagar sin necesidad de garantes presentes. Además, se describe cómo la estaca, que solía utilizarse en la ceremonia de la entrega de la estaca, perdió importancia con el tiempo y cómo el contrato de garantía se desarrolló en contratos comerciales. Henry también explica la doctrina del *quid pro quo* y cómo esta se desarrolló en un tiempo posterior para incluir contratos verbales (pp. 677-678).

El contrato de garantía, ejecutado e incluido en la ceremonia de la entrega de la estaca, fue usado en Anglosajonia desde el año 601

Sin embargo, argumenta que la doctrina del *estoppel* promisorio ha calificado esta prueba más estricta en cierta medida, al menos en casos de suscripciones caritativas, de tal manera que la confianza razonable puede ser suficiente en algunos casos incluso si esa confianza no es negociada por el promitente." (p. 156).

1187 *Martin v. Meles*, 60 N.E. 397, 398, 179 Mass. 114 (Mass. 1901)

D.C. hasta el año 1,314 D.C. Por siete siglos, antes del año 1,314 D.C., los garantes se obligaban por sus promesas orales (Henry. 1917, pp. 677-678).[1188]

1188 Henry (1917) explica: El garante no recibía beneficio del aceptante, pero este último había sufrido un detrimento confiando en la promesa del garante, o bajo el requerimiento del garante. En el caso de la garantía en contratos para fines comerciales, el acreedor proporcionaba la propiedad a cambio de la promesa de los garantes de pagar. Este proceso estaba acompañado en un inicio de la ceremonia de la entrega de la estaca, pero con el paso del tiempo, la promesa oral de los garantes sin la entrega de la estaca cobró presencia.
Asimismo, la "entrega-promesa" en el que el deudor se comprometía, la parte que recibía los bienes quedaba obligada, se desarrolló probablemente cerca del año 900, apunta Henry. En el tiempo de Enrique II y Eduardo I alcanzó gran desarrollo, hasta el año 1,314, con más de 400 años de historia. En este tipo de contratos de "entrega-promesa", la sustancia de la transacción era que el promitente u ofertante había recibido un beneficio por su promesa.
Pero la doctrina del quid pro quo, había sido formulada antes del año 1,314 para incluir contratos verbales, pero con otra connotación. El aceptante de la promesa debe haber dado algo por la promesa recibida, y entonces ello compaginaría con la moderna definición de consideración. Sin embargo, ese no fue el caso, porque la doctrina de la consideración se desarrolló en un tiempo posterior, cuando los casos de garantía oral ya no se presentaban en las cortes, y en donde el beneficio era visto en mayor proporción que el detrimento.
En un tiempo posterior, las Cortes concibieron el quid pro quo en la deuda como un beneficio conferido al deudor. Por eso el quid pro quo no se basó en el detrimento sufrido por el aceptante. La identificación del quid pro quo y la consideración no se produjo totalmente, explica Henry (1917), contrario al pensamiento de Holmes. Mientras que esta identificación estaba errada, tanto la teoría del quid pro quo como la definición de la consideración estuvieron erradas (p. 677).
Sin embargo, antes del año 1,314, en cada caso de deudas, el deudor demandado había recibido un beneficio, o el aceptante había sufrido un detrimento a requerimiento del promitente asegurador, lo cual se acerca a la definición de la consideración dada por las Cortes modernas. Después del año 1314, por el reinado de Eduardo II, para Holmes la garantía oral cesó de ser accionable, y los escritos pasaron a ser requeridos para las garantías. Sin embargo, hechos revelan lo contrario. Por ejemplo, en el año 1360, un caso fue resuelto en el sentido de que la promesa oral era válida siempre y cuando existiera detrimento por parte del acreedor (pp. 683, 684-685).
Siguiendo a Henry (1917), era claro que los casos de garantía oral eran accionables durante el siglo XIV y XV, por ejemplo, un caso de 1459 reza así: en caso de prometer 100 chelines a un médico cirujano por curar a un enfermo, el médico tendrá acción en contra del promitente deudor, aunque el beneficio se haya brindado a un tercero enfermo. Por esta época los contratos de entrega originaban acciones donde el deudor no resultaba el principal obligado, pero sí el garante oral, puesto que este último prometió pagar al acreedor por el beneficio obtenido por el deudor (pp. 677 y ss).

Con la práctica el deudor también pasó a ser responsable directo, conjuntamente con el garante oral, si ambos el garante y el deudor recibían conjuntamente los bienes y se comprometían con el acreedor. En el tiempo de Eduardo III (1312 –1377) el contrato escrito se convirtió en común. Asimismo, el uso de sellos y escritos contribuyó al reemplazo de la ceremonia de la estaca. Si la transacción era de tanta importancia que requería la presencia de alguna garantía, entonces la promesa era hecha bajo sello. Las ventajas eran grandes: Primero, cuando la prueba de la deuda era hecha por medios orales, existían defensas del deudor bajo juramento en la que éste juramentaba junto a dos testigos que lo manifestado era cierto. Segundo, un escrito es más fácil de probar. La ceremonia de la estaca tenía que probarse a través de un testigo. Tercero, si la estaca era usada, entonces el garante quedaba obligado y no el deudor. Cuarto, en el contrato bajo sello, las partes quedaban obligadas conjuntamente, a no ser que se haya usado el contrato de entrega. Henry (1917, pp. 687-688).

El contrato de garantía a través de la ceremonia de la estaca, desaparece; es así que procesos judiciales donde sólo el garante es demandado, desaparece entre los años 1314 y 1520. Precisamente el cambio que se produjo no obedeció a un cambio de las leyes, pero sí a un cambio de los usos. Entonces durante el tiempo de Eduardo III (1312 –1377) y Enrique VI (1421-1471) el contrato de garantía se mezcló con el contrato escrito bajo sello, y luego con el contrato de entrega (o contrato real). Durante todo este tiempo las cortes siguieron pensando en el "detrimento" del negocio, cuando se referían a la consideración, nos narra Henry (1917, pp. 688-89).

De ambos extremos, en los casos del beneficio, el caso podría verse de otra forma, desde el punto de vista de lo que el aceptante de la promesa ha hecho. La noción actual de consideración como un detrimento al aceptante, es más simple y más científica, porque anuncia el principio básico y fundamental de la consideración, cual es

que una promesa no puede ser ejecutable a menos que el aceptante haya hecho o dado algo por ella.

Por su parte Dalton (1985) considera que la consideración es una doctrina estrecha que refleja la determinación del sistema legal para definir y controlar una clase de acuerdos vinculantes. Ha sido llamada la rueda del balance de la gran maquinaria, y ha sido catalogada con la oferta y la aceptación (*offer and acceptance*) como parte de la indivisible trinidad de doctrinas para organizar el contrato legal (p. 1068).

El *promissory estoppel*, como lo apunta Epstein (1982), es caracterizado, por otra parte, por sus defensores como un reconocimiento bienvenido, aunque tardío para mitigar la dureza indebida y la tecnicidad y deficiencias que la consideración impone en el *common law* (p. 1745).

La teoría de la consideración no es una doctrina exclusiva ni inclusiva. Promesas sin consideración pueden ser ejecutables para proteger una razonable dependencia (*reliance*), y promesas con consideración pueden ser revisadas y denegadas cuando colisionan con normas sociales. (Feinman y Feldman, 1985, p. 905.) En cuanto a distinguir cuándo una promesa está vinculada a la consideración, el examen de la consideración será el de la presencia de la reciprocidad convencional inductora, es decir lo mismo que los doctrinarios clásicos de la causa llamaban a la causa en los contratos sinalagmáticos (el *quip pro quo*).[1189]

Para Engelskirchen (1997) el *promissory estoppel* está basado en la promesa y no en el detrimento, de donde la responsabilidad se derivaría de la promesa y no del detrimento (p. 564). Sin embargo, pensamos nosotros, tanto la promesa como el detrimento son

1189 En este sentido, Bridgeman (2008) considera que la doctrina de la consideración era una de las "barreras para la ejecución de promesas incumplidas" durante el período del derecho contractual "clásico" (pp. 1143-1444).

elementos importantes en la teoría de la consideración. De esta forma, la base del *promissory estoppel* no es encontrado en la teoría del intercambio (que es la base de la teoría de la consideración) sino en la equidad.

3.2. Críticas a los orígenes de la consideración: un error de interpretación de una norma de orden público

Para entender claramente cómo la teoría de la consideración evolucionó a causa de un error de interpretación jurisprudencial es necesario revisar el caso *Stilk v. Myrick*.[1190] Este caso trata de un contrato de transporte de carga de artículos de Londres al Báltico y luego a Londres. Los marineros debían recibir un pago de 5 libras al mes, y la principal pregunta era si los marineros deberían recibir una compensación extra en caso que algunos marineros hubieran desertado en pleno viaje, y el capitán prometiera a los marineros restantes un pago extra para hacer el trabajo que los desertores ya no desempeñarían. Esta pregunta es interesante analizar puesto que, por orden público, los marineros restantes y el capitán estaban obligados a realizar el trabajo que los desertores no realizarían, sin necesidad de una compensación extra a los marineros restantes (Gilmore, 1974, pp. 24-30).

En el caso de *Stilk*, la Corte de Pleas Comunes de Inglaterra consideró la cuestión de si un capitán de un barco estaba obligado a pagar salarios adicionales a los miembros de la tripulación restantes cuando dos miembros de la tripulación desertaron durante un viaje.[1191]

1190 *Stilk v. Myrick*, Court of Common pleas, 2 Camp. 317 (1809).

1191 Según Mc Kendrick (2017), la crítica principal a la teoría de la consideración es que no toma en cuenta el beneficio o detrimento factual para las partes involucradas, enfocándose en cambio en el beneficio o detrimento legal. Esta crítica es particularmente relevante en casos como *Stilk v. Myrick*, donde el capitán del barco claramente se benefició de la promesa del marinero de trabajar en el barco de regreso a casa, pero el tribunal dictaminó que no se había proporcionado consideración (p. 127).

En este caso, el demandado, Myrick, era el capitán de un barco que viajaba desde Londres hasta el Mar Báltico. Durante el viaje, dos miembros de la tripulación desertaron del barco, dejando a la tripulación restante en una situación de falta de personal. El demandante, Stilk, era uno de los miembros de la tripulación restante y afirmó que tenía derecho a salarios adicionales como compensación por el trabajo extra que tuvo que realizar debido a las deserciones.

Sin embargo, la corte falló a favor de Myrick y sostuvo que Stilk no tenía derecho a salarios adicionales. La corte argumentó que la promesa del capitán de pagar salarios extra no era vinculante porque los miembros de la tripulación ya tenían el deber preexistente de realizar sus deberes y completar el viaje según lo acordado. La corte también señaló que era una situación común en los contratos marítimos que los miembros de la tripulación desertaran durante un viaje, y por lo tanto, el capitán no debería ser responsable de pagar salarios adicionales en tales circunstancias.

En efecto, en el caso *Stilk*, en el transcurso del viaje, dos marineros desertaron y el capitán había buscado infructuosamente un reemplazo en el puerto de Cronstadt, en donde el capitán entra en un acuerdo con la tripulación para dividir el salario de los desertores entre el resto de la tripulación si no pudiera conseguir otras manos en Gottenburgh. El caso relate que el capitán no consiguió otros marineros que suplanten a los desertores.

El demandado Myrick insistía en que este acuerdo era inválido y contrario al Orden Público. En viajes a la India Occidental, era la política de los viajes que, en caso de muerte o deserción de algún tripulante, la tripulación restante estaba obligada a sortear estas dificultades y lograr el viaje sin ningún cobro adicional, de lo contrario exorbitantes demandas crecerían a consecuencia de tales eventualidades (Gilmore, 1974, pp. 24-29). Esta política está basada

en el caso *Harris v. Watson*,[1192] donde el juez Lord Kenyon opinaba que en el caso contrario de acceder a pagar un salario extra a la tripulación restante equivaldría a obligar a los capitanes a acceder a pagos adicionales bajo el riesgo que el barco se hunda.

En efecto, en *Harris*, un caso de 1791, el juez Lord Kenyon dispuso que el demandante Harris no tenía derecho a demandar una compensación adicional (cinco guineas por encima de su compensación adicional) en situaciones donde el barco Alexander (en un viaje a Lisboa) necesitara de un trabajo adicional durante el viaje por parte de los marineros, con el fin de disuadir a que los marineros actúen oportunistamente y evitar que la navegación se afecte. Esta era la política de orden público prevalente.

A este respecto Kraus (2008) parafrasea a Lord Ellenborough (del caso *Stilk*) que cita a Lord Kenyon (del caso *Harris*) expresando: "Pienso que *Harris v. Watson* fue correctamente decidido; pero dudo si el orden público, bajo el cual Lord Kenyon se dice que se basó, sea el principio verdadero en el cual la decisión sea basada. Aquí, yo digo, el acuerdo es nulo por ausencia de consideración." (p. 158).

Sin embargo, si bien es cierto ésta era la política de Orden Público en los casos de viajes de ultramar (política que –como repetimos- enuncia que si existen marineros desertores en un viaje marítimo, los otros marineros tendría que realizar el trabajo de los desertores sin necesidad de nueva compensación), el Juez Lord Ellenborough en el caso de *Silk* da un giro inesperado y opina que el acuerdo entre el capitán y la tripulación restante (acuerdo por el cual el capitán debía compensar a los marineros para desempeñar el trabajo de los desertores) era nulo por carecer de consideración, porque cuando los marineros emprendieron el viaje desde Londres lo hicieron con

1192 *Harris v. Watson*, Peak. Cas. 72. (1816).

la condición que tendrían que tomar todas las medidas del caso que tuvieran a su disposición en situaciones de emergencia del viaje (y la deserción de los dos marineros era un caso de emergencia). Lord Ellenborough opinó que, si el Capitán hubiera sido el que hubiera despedido a ese par de marineros, entonces el caso sería diferente, pero en Stilk los dos marineros desertaron de *motu propio*. Entonces Lord Ellenborough consideró que la deserción de ambos marineros era comparable a un caso de emergencia y por lo tanto sujeto a consideración nueva.

Por su parte, Gilmore (1974, p. 28) manifiesta que existen dos versiones de *Stilk*. Es necesario aclarar que *Stilk* es un caso de 1809, donde hubo una controversia. Hubo dos versiones del caso, uno reportado por Espinasse (que se inclinaba por el Orden Público), y otro reportado por Campbell (que se inclinaba por la teoría de la consideración) (Gilmore, 1974, pp. 28-29).[1193]

Para el reportaje Espinasse, *Stilk* estaba basado en la teoría de la coacción económica o "lesión", y por lo tanto el acuerdo era nulo por cuanto el orden público disponía que el capitán no podría estar sujeto a coerción económica en situaciones donde una emergencia surgía (la deserción de dos marineros) y los marineros restantes tendrían que cubrir esos puestos. Sin embargo, en el reporte Campbell, Stilk está basado en la teoría de la consideración, pero aun así llega al mismo resultado de anular el acuerdo de Constandt por ausencia de consideración. En uno u otro caso el resultado es el mismo.[1194] Resultaría entonces insulsa –bajo el reporte Campbell- toda alusión a una presunta ausencia de consideración para invalidar un contrato que de por sí quedó invalidado por el Orden Público y la política naviera.

1193 Bowers (2005) menciona que está de acuerdo con la evaluación de Gilmore de que la doctrina de la consideración está "mordiendo el polvo" (p. 39).

1194 Y esto es lo que veníamos analizando, que la teoría de la causa –en este caso la de la consideración- llega a resultados que son asequibles a través de otros métodos.

Sin embargo, estamos en un campo minado, porque en el caso de *Stilk*, la tripulación no demandó un pago adicional cuando los desertores escaparon, fue el capitán quien prometió pagarles extra a cambio de que la tripulación trabajara más fuerte para cubrir el vacío que represento la mano de obra ausente (la de los desertores), lo que no equivaldría a un beneficio adicional al capitán por cuanto por política naviera el resto de la tripulación tenía la obligación desde el principio de responder a eventualidades como la deserción de un par de marineros.

Este caso de *Stilk*, de acuerdo al reporte Campbell, fue incorrectamente decidido (si es que se basara en la teoría de la ausencia de consideración), porque cuando la tripulación debe trabajar más y realizar un esfuerzo mayor para reemplazar el trabajo que los desertores entonces constituiría un detrimento que debiera ser compensado (de acuerdo a Campbell) y por lo tanto existiría una consideración nueva porque existiría un beneficio adicional al Capitán (la paz mental y tranquilidad de que el barco llegue sano y salvo a puerto). Entonces si fuera por la teoría de la consideración (de acuerdo a Campbell), sí habría un perjuicio para la tripulación y un beneficio para el capitán que ve que el barco no se hundiría y llegara a su puerto de destino sano y salvo.

La decisión en *Stilk* ha sido influyente en el desarrollo del derecho contractual, particularmente en el área del desempeño de deberes preexistentes. El caso estableció el principio de que una promesa de cumplir un deber existente no es una consideración válida para una nueva promesa, a menos que se confiera algún beneficio o detrimento adicional sobre el promisor.[1195]

1195 Mc Kendrick (2017) aborda varios casos que han moldeado el desarrollo de la consideración. Comienza con la regla de *Stilk v Myrick*, la cual establece que el cumplimiento de un deber contractual existente no constituye consideración (pp. 134-138).

Otro ejemplo de cómo los objetivistas –como Holmes- trataron de inocular la teoría de la consideración en casos donde la teoría subjetivista del "meeting of the minds" (acuerdo de voluntades) campeaba, es el caso *Dickinson v. Dodds*.[1196]

En este caso, el demandante, Dickinson, afirmó que había un contrato vinculante entre él y el demandado, Dodds, para la venta de una propiedad en Darlington. Según la versión del demandante, Dodds había acordado mantener la oferta abierta hasta el viernes a las 9 a.m. del día siguiente.

Sin embargo, antes de que se aceptara la oferta, Dodds vendió la propiedad a un tercero, lo que llevó al demandante a presentar una demanda en la que alegó que había un contrato válido entre las partes.

El tribunal consideró que no había habido una aceptación válida de la oferta de Dickinson, ya que Dodds había revocado la oferta antes de que se aceptara. El tribunal también afirmó que era suficiente que el demandante fuera informado de la revocación de la oferta por una fuente confiable y que no era necesario que la información llegara directamente del demandado.[1197]

El caso es que el ofertante Dodds prometió un miércoles vender a Dickinson cierto pedazo de terreno a Dickinson, pero antes de llegar el viernes Dodds vendió el terreno a otra parte, pero dicha venta era conocida por Dickinson, quien a sabiendas de las nuevas operaciones de Dodds se apura en aceptar la oferta original el día

1196 *Dickinson v. Dodds*, Court of Appeal, 1875-76 LR. 2 Ch. D. 463.

1197 Este caso es importante porque establece el principio de que una oferta no puede ser aceptada una vez que ha sido revocada, y que la revocación puede ser comunicada a través de una fuente confiable en lugar de directamente del oferente. Además, el caso destaca la importancia de la comunicación clara y efectiva en la formación de un contrato.

viernes cuando el terreno ya se vendió a un nuevo comprador. Este caso fue tratado bajo el lineamiento de la intención y el acuerdo de voluntades, sin embargo, Holmes y los objetivistas pretendieron encontrar en la consideración el basamento teórico para expresar que el ofertante puede revocar su oferta en cualquier momento antes de que fuera aceptada, a menos que exista alguna "consideración" que le haga irrevocable su oferta antes de la aceptación.

Para Gilmore (1974), citando la opinión de Lord Justice Mellish, la Corte se inclinó por Dodds solamente porque la mente de Dickinson no pudo haber coincidido con la mente de Dodds después que Dodds vendiera el terreno a Allan (p. 31). Sin embargo, Williston citó el caso de Dickinson como el caso-bandera de la sección 55 de su tratado de contratos, que decía que las ofertas, a menos que fueran selladas o dadas por consideración, podrían ser revocadas a cualquier momento antes de la creación del contrato por aceptación (Kraus, 2008, p. 172).

Gilmore (1974) piensa que Williston torció la idea en Dickinson: "Los Holmenianos, describiéndose como objetivistas, no tienen nada sino escarnio por la teoría subjetiva o la 'reunión de las mentes', y en cambio el caso fue presentado como un caso donde la oferta para ser irrevocable debería haber recibido consideración para asegurar la irrevocabilidad" (p. 32).

Finalmente, otro caso que no fue decidido pensando en la teoría de la consideración, fue más tarde abrazado por los objetivistas dentro de los trebejos de la teoría de la consideración. Es el caso de *Foakes v. Beer*,[1198] en el cual el acreedor no estaba conminado a aceptar el pago parcial de un deudor que tiene la intención de satisfacer la deuda total. Dicho caso estaba basado en la política delineada por un caso anterior

1198 *Foakes v. Beer*, 9 App. Cas. 605 (1884).

Pinnel[1199] (donde el pago de una deuda a través de una cantidad menor a la suma total adeudada no constituye una consideración adicional y, por lo tanto, no exime al deudor de su obligación de pagar el resto de la cantidad adeudada); sin embargo, los objetivistas lo repensaron bajo la férula de la teoría de la consideración para expresar que un pago parcial no podía aceptarse como pago total por ausencia de consideración.

En este sentido, el caso *Foakes*[1200] trata de un caso en el que se discutió la cuestión de si un deudor podía ser obligado a pagar intereses adicionales en una deuda que ya había sido satisfecha. La demandante, la Sra. Beer, había prestado dinero al Sr. Foakes, quien había pagado la deuda principal, pero no los intereses adicionales que se habían acordado. La Sra. Beer argumentó que el Sr. Foakes aún le debía los intereses adicionales y presentó una demanda para recuperarlos.

1199 Pinnel's Case, 5 Co. Rep. 117a, 77 Eng. Rep. 237 (K.B. 1602). El caso Pinnel es un caso importante en la ley de contratos comunes de Inglaterra y Gales. En este caso se discutió la cuestión de si el pago de una deuda a través de una suma inferior a la cantidad total acordada, pero aceptada por el acreedor, liberaba al deudor de su obligación de pagar la cantidad restante. En este caso, el acreedor, Pinnel, había aceptado una suma menor a la deuda total que le debía el deudor, Cole. Sin embargo, después de que Pinnel recibió el pago, posteriormente demandó a Cole por el resto de la cantidad adeudada. El tribunal decidió que la aceptación de una cantidad inferior a la suma total adeudada no liberaba a Cole de su obligación de pagar la cantidad restante. El tribunal también sostuvo que, a menos que hubiera una consideración adicional, un acuerdo para aceptar menos de lo que se debe no es un acuerdo válido y no es exigible.
El caso Pinnel es importante porque establece el principio de que el pago de una deuda a través de una cantidad menor a la suma total adeudada no constituye una consideración adicional y, por lo tanto, no exime al deudor de su obligación de pagar el resto de la cantidad adeudada. Este principio se conoce como la regla de Pinnel, que ha sido objeto de crítica y debate a lo largo de los años.

1200 Mc Kendrick (2017) también examina la regla de *Foakes v Beer*, que establece que una promesa de aceptar un pago parcial de una deuda en perdón de toda la deuda no está respaldada por consideración (pp. 136 y ss.).

El tribunal inicial dictaminó a favor de la Sra. Beer y ordenó al Sr. Foakes que pagara los intereses adicionales, pero la decisión fue apelada y finalmente llegó a la Cámara de los Lores. La Cámara de los Lores sostuvo que el Sr. Foakes no estaba obligado a pagar los intereses adicionales ya que no había habido ninguna consideración nueva o adicional por parte de la Sra. Beer. El tribunal afirmó que el pago de la deuda principal no constituía una nueva consideración y, por lo tanto, el Sr. Foakes no estaba obligado a pagar intereses adicionales.

Este caso es importante porque establece el principio de que el pago de una deuda existente no constituye una nueva consideración para obligar al deudor a pagar intereses adicionales. Además, este caso también destaca la importancia de tener acuerdos claros y completos en la formación y ejecución de los contratos.

De modo que la teoría de la consideración fue una creación abstracta y doctrinal y no fruto del avance jurisprudencial. Respondió más a los mandatos de la abstracción academicista (de los objetivistas) y no a los mandatos de la realidad.

Y posteriormente la teoría de la consideración se desenvuelve de la misma forma en la que había nacido, recurriendo a casos en los cuales la decisión no tenía nada que ver con la consideración. Es el caso de *Raffles v. Wichelhaus*.[1201] El caso trata que el vendedor promete enviar una carga de algodón de Bombay a Londres en el barco *Peerless*. Sin embargo, el comprador pensó que el envío se haría en el Peerless del mes de octubre, pero la carga llegó en el *Peerless* del mes de diciembre. La razón por la cual el comprador reclamaba era porque el valor del producto bajó de precio en el mes de diciembre,

1201 *Raffles v. Wichelhaus*, 2 H & C, 906, 159. Eng. Rep. 375 (Ct. Of Exchequer, 1864).

a comparación del valor del producto cuando se suponía –según el comprador- que el producto sería entregado (octubre).

Este caso, también conocido como el "caso de los dos barcos Peerless" fue un caso de derecho de contratos que se decidió en Inglaterra en 1864. En este caso, el demandante, Raffles, acordó vender al acusado, Wichelhaus, un cargamento de algodón que iba a ser entregado en un barco llamado "Peerless". Sin embargo, había dos barcos llamados "Peerless" que hacían viajes de Liverpool a Bombay en diferentes momentos, uno en octubre y otro en diciembre. El contrato no especificaba en qué barco se haría la entrega del algodón.

El algodón fue entregado en el barco Peerless que partió en octubre, pero Wichelhaus no lo aceptó, argumentando que había entendido que el algodón sería entregado en el barco Peerless que partía en diciembre. El caso fue a los tribunales para determinar cuál de los dos barcos Peerless se había acordado en el contrato.

La cuestión central en este caso fue la interpretación del contrato y si se había formado un acuerdo válido. La corte decidió que el contrato era ambiguo ya que no especificaba cuál de los dos barcos Peerless se utilizaría para la entrega del algodón, y por lo tanto el contrato era nulo. La decisión en este caso estableció el principio de que, para que un contrato sea válido, es necesario que ambas partes estén de acuerdo sobre los términos específicos del contrato.

El caso claramente asume que no se produjo ningún "*meeting of the minds*" o un acuerdo de voluntades, porque ambas partes pensaron en situaciones y escenarios diferentes, y este malentendido motivaría a la rescisión del contrato por error mutuo esencial.[1202] El juez escuchó los argumentos de la defensa e inmediatamente brindó

1202 Ricks (1998) discute algunas críticas potenciales a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que la teoría no tiene en cuenta los casos de error mutuo, donde ambas partes desconocen un error (pp. 663-665).

la decisión de que no hubo contrato porque obviamente las partes no se pusieron de acuerdo con respecto al objeto, no hubo consenso "ad ídem" (acuerdo sobre la misma cosa). Sin embargo, los objetivistas con Holmes a la cabeza re-interpretan este contrato y manifiestan que el error no fue en lo que se suponía que las partes querían, sino en lo que las partes dijeron. En realidad, es inmaterial el nombre del barco, lo importante es que si el barco debería haber arribado en octubre o en diciembre. De esta manera la corte decidió que no hubo un "*meeting of the minds*" y por lo tanto el acuerdo quedo invalidado. Gilmore (1974), sarcásticamente, se burló del análisis de Holmes: "El mago que podría objetivar *Raffles v. Wichelhaus*... podría, bajo necesidad, objetivar todo" (p. 45).

Es preciso también aclarar que otros casos donde la obligación civil fue planteada en términos absolutos, no tenían nada que ver con la teoría de la consideración. Es el caso de *Paradine v. Jane*,[1203] a través del cual el arrendatario no pagó renta por tres años porque el terreno alquilado estaba siendo ocupado por el Príncipe Ruperto de Alemania. El caso *Paradine* fue un caso importante en la ley de contratos en Inglaterra, que se decidió en el Tribunal del Rey (King's Bench) en 1647. En este caso, el demandante, Paradine, había arrendado una finca a la demandada, Jane, con la obligación de pagar una renta anual. Sin embargo, la finca fue ocupada por fuerzas enemigas durante la Guerra Civil Inglesa y Jane no pudo cumplir con su obligación de pagar la renta. Paradine inició una demanda por incumplimiento de contrato.

La cuestión clave en el caso era si la obligación de Jane de pagar la renta continuaba vigente, incluso en el caso de que la finca estuviera ocupada por fuerzas enemigas, lo que hacía imposible el

1203 *Paradine v. Jane*, 26, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647).

cumplimiento de la obligación. Paradine sostenía que Jane debía cumplir con su obligación, independientemente de las circunstancias.

El tribunal decidió a favor de Paradine, sosteniendo que la obligación de Jane de pagar la renta era absoluta y no estaba sujeta a excepciones, incluso si la finca estaba temporalmente ocupada por fuerzas enemigas. El tribunal afirmó que el arrendador tenía derecho a la renta como un derecho absoluto, sin importar las circunstancias.

Esta decisión estableció el principio legal de que un contrato es una obligación absoluta, y que las partes deben cumplir con los términos del contrato, incluso si surgen circunstancias imprevistas que hacen que el cumplimiento sea difícil o imposible. Este caso ha sido citado como un precedente importante en la ley de contratos en Inglaterra y en otros países de derecho común.[1204]

Estos casos ilustran que la consideración nació como fruto de un error de interpretación de los casos ingleses que estaban basados en una política de orden público. También comprendemos que la teoría objetivista trato de objetivar la consideración como doctrina de los contratos en casos donde los jueces resolvían problemas jurídicos a través de la teoría del error, de la voluntad o de la imposibilidad del objeto.

3.3. Crítica a la consideración frente a los modelos contractuales

La discusión presentada sobre la doctrina de la consideración en el *common law* y las críticas de Lightsey (1984) a la teoría contractual basada en la promesa proporcionan una visión detallada

1204 Para Leibman y Nathan (1987), la crítica principal a la teoría de la consideración parece ser que es difícil determinar cuándo se forma un contrato y que el requisito de una nueva consideración para modificar un contrato existente se debe principalmente al temor de los tribunales a las modificaciones coercitivas (pp. 1529-1530).

y crítica de los fundamentos del derecho contractual.[1205] Lightsey argumenta que el modelo de la promesa es insuficiente[1206] para abordar las complejidades de los contratos modernos y propone un enfoque basado en el intercambio.[1207] Sin embargo, también señala limitaciones[1208] en este modelo, sugiriendo la necesidad de un enfoque híbrido que combine elementos de ambos modelos para abordar de manera más efectiva la realidad de las relaciones contractuales en una sociedad moderna (pp. 45-73).

Los puntos principales de crítica de Lightsey (1984) al modelo basado en la promesa son:

> 1. Abstracción y Extra simplificación: Lightsey (1984) argumenta que este modelo simplifica en exceso los contratos al centrarse únicamente en lo que una parte promete a la otra, ignorando el contexto social más amplio y los derechos y obligaciones que surgen de él (pp. 45-73).

1205 En el mismo sentido, Ashley (1913) sugiere que la doctrina de la consideración está llena de problemas. El autor argumenta que la regla es innecesaria, a menudo produce una injusticia flagrante y se aplica de manera inconsistente. El autor incluso pide la abolición total de la doctrina (p. 436). En el mismo sentido se pronuncia Eisgruber (2000), quien discute varias críticas a la teoría de la consideración, incluyendo que es indeterminada, que puede no ser relevante para cómo la gente realmente conduce los negocios, y que puede llevar a resultados irracionales cuando se aplica a casos peculiares (pp. 1528 y ss.).

1206 Atiyah (1981) cree que la doctrina de la consideración es incoherente porque requiere que la ley afirme la conveniencia de hacer cumplir las promesas mientras simultáneamente niega a las partes la libertad de hacer promesas unilaterales ejecutables (pp. 511-212).

1207 Por su parte, Arnold (1976) cree que la doctrina de la consideración no aborda cuándo una promesa es vinculante o cuándo un acuerdo se convierte en un contrato (pp. 994-996).

1208 Una de las limitaciones de la doctrina de la consideración es su ambigüedad. Engelskirchen (1997) piensa sobre la ambigüedad en determinar si una parte realmente tenía la intención de intercambiar algo a cambio de una promesa o desempeño (pp. 531-533).

2. Énfasis en el Hecho, en vez del Contenido, de la Obligación: Crítica el enfoque del modelo en la existencia de una promesa en lugar de su contenido, lo que resulta insuficiente para resolver problemas en contratos de larga duración o que involucran promesas sobre hechos futuros (pp. 45-83).

3. Unilateralismo: Señala que el modelo de la promesa es limitado y no puede abordar adecuadamente situaciones imprevistas, proponiendo un modelo basado en el intercambio como alternativa más flexible (pp. 45-83).

A pesar de las críticas,[1209] Lightsey (1984) también reconoce las limitaciones del modelo de intercambio,[1210] destacando la importancia de un enfoque híbrido que pueda integrar aspectos de ambos modelos para una comprensión más completa y efectiva de los contratos en la sociedad moderna. Este análisis sugiere que el derecho contractual debe evolucionar y adaptarse para abordar las realidades cambiantes de las relaciones contractuales (pp. 45-73).[1211]

Por su parte, Bellatine (1913) argumenta que existen tres objeciones principales a la teoría de que la obligación es consideración por la obligación: (1) hay casos donde no hay una obligación real pero

1209 En el mismo sentido, Mc Cauliff (2002) analiza algunas críticas a la teoría de la consideración, entre ellas que la definición de consideración está en desorden, con tribunales aplicándola de formas que desafían cualquier definición significativa. Otra crítica es que la definición de consideración válida en el Restatement es más estrecha que el uso común, lo cual excluye la "consideración pasada" y la "confianza" de ser consideradas como consideración suficiente (pp. 852-853).

1210 Aityah (1981) argumenta que la teoría de la consideración es problemática porque no tiene en cuenta el hecho de que las personas pueden cambiar de opinión, y que la ejecución de contratos ejecutorios presupone una distribución inicial de derechos que no necesariamente es justa (pp. 523-524).

1211 Por su parte, Delong (1997) señala que algunos académicos creen que el *estoppel* promisorio ha superado en importancia a la doctrina de la consideración (pp. 943-945).

la contrapromesa sigue siendo sostenida, (2) hay casos donde la promesa impondría un detrimento legal pero no se considera una consideración válida, y (3) la teoría es circular[1212] en su razonamiento (p. 428);[1213] y también piensa la teoría no es perfecta, pero que podría ser salvada con algunos cambios (p. 431-434).

Entonces, contra los intentos de hacer perdurar una doctrina (de la consideración) que a todas luces resulta mecánica, Bellatine (1913) cree que dicha doctrina debería ser ampliada (p, 434);[1214] y es justamente el PE la vía mas eficiente de ampliar y mejorar dicha doctrina.

Por otra parte, Barnett (1986) realiza algunas críticas a la consideración, que las podemos resumir en:

1. Exclusión de Acuerdos Serios sin Consideración Negociada: Cuando se interpreta de manera restrictiva,[1215] puede excluir

1212 Engelskirchen (1997) también comparte esta crítica al considerarla un concepto circular. Para determinar qué promesas son ejecutables, la teoría asume que el prometido está obligado a hacer lo que ha prometido (pp. 516-517).

1213 En el mismo sentido, Bellatine (1913) argumenta que la teoría de la consideración es problemática por tres razones principales: (1) es difícil distinguir entre la falta de consideración y la falta de mutua obligación, (2) la teoría no se sostiene en casos de prueba donde una promesa de hacer algo a lo que uno ya está obligado se considera suficiente consideración, y (3) la teoría crea un argumento circular en el que la obligación legal y la consideración se definen mutuamente en términos del otro (pp. 429-431).

1214 Bellatine (1913) argumenta que la teoría de la consideración sigue siendo útil, pero que necesita ser ampliada para reconocer no sólo los tratos, sino también otros motivos justos para la ejecución de una promesa. El autor argumenta en contra del "intento absurdo" de medir la suficiencia de lo que se promete a cambio mediante una fórmula mecánica (p. 434). De la misma forma, Barnett y Becker (1987) mencionan que es una "herramienta útil para identificar muchas promesas destinadas a ser legalmente vinculantes". Además, discuten cómo se utiliza la teoría de la consideración en varios casos, lo que implica que todavía es útil (pp. 450-451).

1215 Farber y Matheson (1985) argumentan que la teoría de la consideración es demasiado restrictiva, ya que requiere un intercambio tangible negociado para cada promesa o modificación, de ahí que proponen una nueva regla que se centraría en si la promesa se hace en la consecución de una actividad económica (p. 930).

acuerdos serios que carecen de consideración negociada, incluso si las partes tenían la intención de estar legalmente obligadas.[1216]

2. Fallo en Hacer Cumplir Promesas Serias o Cumplimiento Excesivo de Promesas Informales: La teoría a veces no hace cumplir promesas serias que deberían ser ejecutadas, o por otro lado, hace cumplir en exceso promesas informales que no deberían estar sujetas a sanciones legales.[1217]
3. Dificultades con la Teoría del Contrato Basada en la Voluntad: Esta teoría lucha por justificar la obligación contractual en ausencia de un ejercicio real de la voluntad, creando tensión con la necesidad de depender de las apariencias.
4. Limitación en la Ejecución de Compromisos Gratuitos y Protección de Actos de Confianza: La doctrina de la consideración es problemática porque no permite la ejecución de algunos compromisos gratuitos ni la protección de algunos actos de confianza que no fueron negociados.
5. Falta de Base Satisfactoria para Hacer Cumplir Promesas: La teoría de la consideración no proporciona una base satisfactoria para hacer cumplir las promesas, llevando al reconocimiento de la confianza como un fundamento alternativo.

1216 En efecto, para Mc Kendrick (2017) la doctrina de la consideración es demasiado restrictiva y puede impedir la ejecución de promesas que deberían ser ejecutables. Por ejemplo, no permite la ejecución de una promesa que no está respaldada por consideración, incluso si el promitente ha actuado en su detrimento confiando en la promesa (pp. 145-146).

1217 DiMatteo (1999) menciona que el "aflojamiento del control de los requisitos formales del contrato" se ha rastreado al surgimiento del *estoppel* promisorio (pp. 265 y ss).

6. Problema Epistemológico por Ausencia de Consentimiento: Se plantea un problema epistemológico debido a la ausencia de consentimiento, agravado por el efecto de la escasez de bienes en un análisis de eficiencia.[1218]
7. Limitación de la Creatividad Judicial y Reconceptualización: La teoría requiere una estricta adherencia al requisito del trato, limitando la creatividad judicial y la reconceptualización.
8. Predominancia de la Teoría del Consentimiento: La teoría del consentimiento puede ser más fundamental, y la teoría de la consideración puede estar cegando a la profesión a este hecho.[1219]
9. Necesidad de Factores Adicionales para Ejecutabilidad de Promesas: Algunos argumentan que una promesa debe estar acompañada de algún otro factor para ser ejecutable.[1220]
10. Aplicación sin Referencia a Fines Subyacentes: La teoría se aplica a menudo sin referencia a los fines que sirve, sugiriendo que debería ser redefinida en términos de

---

1218 En este sentido, Donovan (2003) analiza a los "revisionistas" que cuestionan la importancia de la consideración en el derecho contractual. Específicamente, nos dice, que argumentan que si la consideración es tan importante, ¿por qué a menudo se trata como una "paradoja del derecho común" donde las promesas mutuas sirven como consideración una para la otra? (p. 169, fn. 113).

1219 Barnett (1986) analiza dos teorías principales de la consideración: la "teoría del consentimiento del contrato" y la "teoría de la transferencia de título" del contrato. La teoría del consentimiento se enfoca en la manifestación del consentimiento para estar legalmente obligado, mientras que la teoría de la transferencia de título se basa en los derechos de propiedad (pp. 269 y ss.).

1220 En este aspecto parece atinente el estudio de Engelskirchen (1997), quien analiza cómo la importancia de la consideración como un acto significativo ha sido desarrollada de manera inadecuada, y que la relevancia de la consideración como un medio para establecer fundamentos de responsabilidad por la promesa se ha perdido. En cambio, ha sido tratada como un "apéndice problemático e innecesario" de la doctrina contractual (p. 491).

sus políticas subyacentes para adaptarse mejor a nuevas condiciones (pp. 276-321).

Como vemos, Barnett (1986) también vislumbra problemas y falencias en la doctrina de la consideración, pero antes de argumentar su disolución, aboga por su modificación. Las críticas a la teoría de la consideración resaltan sus limitaciones en la ejecución de promesas y acuerdos, proponiendo como solución la redefinición de la doctrina para que se adapte mejor a las condiciones actuales y refleje políticas subyacentes más efectivas. Esta redefinición buscaría equilibrar la ejecución de compromisos serios y la protección de actos de confianza,[1221] ofreciendo una base más sólida y coherente para la aplicación de obligaciones contractuales.[1222]

En este sentido Bridgeman (2008) recuerda que la principal crítica a la teoría de la consideración es que es una formalidad legal que puede utilizarse para evitar obligaciones contractuales. La doctrina del *estoppel* promisorio se desarrolló como respuesta a esta crítica (p. 1443 y ss).[1223]

4. LIMITACIONES DE LA TEORÍA DE LA CONSIDERACIÓN

4.1. La consideración frente al caso de un beneficio pasado

La prohibición de recobrar por un beneficio pasado otorgado a otra parte, tiene su nacimiento en el *common law* mucho más antes

1221 Farber y Matheson (1985) piensan que el *estoppel* promisorio fomenta la confianza entre los actores económicos (p. 945).

1222 En efecto, Barnett (1986) piensa que "el fracaso de la doctrina de la consideración para proporcionar una base más satisfactoria para hacer cumplir dichas promesas podría haber generado mayor presión para reformar la doctrina si no hubiera sido por el reconocimiento creciente de la confianza como un fundamento alternativo para la recuperación" (fn. 25).

1223 Bridgeman (2008) describe el como una "válvula de seguridad normativa" y una "válvula de seguridad" para la doctrina de la consideración, que se considera demasiado rígida (p. 1454).

que la doctrina de la consideración. En *Andrew v. Boughey*, fol. 76a, Dyer, pl. 28 (1552), la garantía provista es nula cuando es dada un mes después del contrato.

En este último caso, el demandante pagó una fianza para rescatar al esclavo del amo (pagando una fianza) de la cárcel sin ningún intercambio de por medio. Luego la promesa del amo de recompensar al demandante por su buen gesto, no puede ser accionable toda vez que el amo no prometió nada a cambio al demandante antes de que este último pagara la fianza para rescatar al esclavo. En todo caso, el demandante quedaba con la frustración de que su gesto fue solamente un hecho de buena fe originado por su buen corazón, pero sin poder accionarse en corte. Pero en todo caso el gesto del demandante de rescatar al esclavo tuvo como consideración la amistad entre el demandante y el amo, mucho tiempo antes de que la promesa del amo sea hecha.

Las reformas iniciales a la regla de la consideración pasada fueron planteadas en Inglaterra en la última parte del siglo XVII por el Juez Holt (Atiyah. 1979, p. 188.).[1224] A Holt se le reconoce el mérito de haber creado dos excepciones a la regla de la consideración pasada, como son los casos envueltos en infancia y la prescripción extintiva (Bane, 1983, pp. 356-357).

En el caso seminal de *Ball v. Hesketh*, Comb. 381, 90 Eng. Rep. 541 (1697), la Corte sostuvo que cuando un infante se presta un dinero cuando es un infante, pero luego promete devolverlo cuando llega a la mayoría de edad, esa promesa en mayoría de edad constituye

1224 Ashley (1913) expone varias teorías sobre la consideración. Una de ellas afirma que la consideración no puede ser "pasada" ya que debe ser entregada a cambio de una promesa. Otra teoría sostiene que, en los contratos bilaterales, la consideración consiste en las promesas mutuas que cada parte hace a la otra. Además, Ashley aborda la idea de que cualquier renuncia a un derecho legal puede ser considerada una forma de consideración (pp. 433-436).

consideración suficiente para que fuese accionable. Anteriormente cualquier promesa de un mayor de edad de pagar por un beneficio recibido cuando era infante, era nula; sin embargo, Holt hizo que esa promesa sea anulable en tanto el promitente ya recibió un beneficio en su infancia.

Lo que pasa en estos casos es que el beneficio gozado por el infante más la ratificación de esa transacción o la promesa de pagar por parte del infante ya hecho adulto, genera una obligación moral que a los ojos de Holt genera una excepción de la regla estricta de prohibir promesas sobre consideraciones pasadas.[1225]

Holt citó *Ball v. Hesketh*[1226] in *Heyling v. Hastings*[1227] con el fin de reforzar la idea de una promesa hecha por un deudor, después de que haya prescrito la deuda, constituía una renuncia al beneficio de la prescripción extintiva y revivía la deuda, haciéndola otra vez accionable.

En ambos casos las promesas del adulto (de pagar por un beneficio contraído de infante), o las del deudor (de pagar por una deuda que ya prescribió), constituyen excepciones a la rígida teoría de la prohibición de vinculatoriedad de promesas basadas en una consideración pasada. Entonces ambos casos de Holt se basan en consideraciones morales muy pronto hallarían eco en el marco legislativo.

1225 McKendrick (2017) menciona que la regla de dureza de regla de la consideración pasada ha sido mitigada hasta cierto punto por la doctrina del assumpsit implícito (p. 140).

1226 *Ball v. Hesketh*, Comb. 381, 90 Eng. Rep. 541 (1697). Ver también *Southerton v. Whitlock*, 2 Stra. 690, 93 Eng. Rep. 786 (1726) (sentenciando que la ratificación de una promesa hecha por un infante que recibió un beneficio, es accionable).

1227 *Heyling v. Hastings* (also known as *Hyleing v. Hastings*), 1 Ld. Raym. 389, 421, 91 Eng. Rep. 1157, 1179 (1699).

Esta moral que impulsó ambas excepciones a la regla de la consideración pasada, es muy pronto capitalizada por Mansfield (Bane, 1983, p. 358), quien se encargaría de asaltar la doctrina de la consideración, en múltiples casos: *Hawkes v. Saunders*, 1 Cowp. 289, 290, 98 Eng. Rep. 1091 (1782); *Trueman v. Fenton*, 2 *Cowp*. 544, 548, 98 Eng. Rep. 1232, 1234 (1777).

Durante la segunda mitad del siglo dieciocho, Mansfield trató de dar un cambio radical al contrato, basado en principios de lógica y equidad. Mansfield percibió que la consideración era un impedimento irracional para el cumplimiento de serias promesas, entonces hizo un asalto frontal a la doctrina.

El principal razonamiento de Mansfield vino del caso *Pillans v. Van Mierop*, 3 Burr. 1663, 97 Eng. Rep. 1035 (K.B. 1765), un caso en que la ausencia de consideración fue asumida en una transacción comercial para hacer honor a un documento.[1228]

En vez de buscar otra excepción a la regla de la consideración pasada, Mansfield declaró que la consideración, pasada o no pasada, no era necesaria en la usanza de los comerciantes para que un negocio tenga efecto, y luego declaró que la consideración no era necesaria en los contratos escritos no sellados subsecuente al Estatuto de Fraudes de 1677.[1229] El razonamiento implícito en la lógica de Mansfield estaba la visión de que la obligación moral de por sí podría cumplir, si no suplantar, a la consideración. Entonces Mansfield manifestaba que en cuanto la promesa estaba establecida el demandado estaba obligado

1228 Bane (1983) menciona que en *Pillans v. Van Mierop*, Mansfield intentó abolir el requisito de consideración para un contrato (p. 350).

1229 Barnett (1986) examina la historia de la consideración en varios puntos. Menciona el Estatuto de Fraudes de 1677, el declive del sello como formalidad, y la tendencia hacia la doctrina de la consideración como la norma. También aborda el concepto de "causa" en el derecho civil y cómo puede estar relacionado con la consideración (pp. 310-312).

a cumplir lo que habría prometido porque dio su consentimiento de cumplir lo prometido o de pagar daños.

Después de *Pillans v. Van Mierop*, la visión de Mansfield cobró cierto eco en el medio judicial. Por ejemplo, en el caso *Losh v. Williamson*, 7 T.R. 351, 101 Eng. Rep. 1015. (1775), la Corte Real sostuvo que la consideración no era necesaria para una promesa escrita avalada por amor y afección.[1230] En el caso de *Rann v. Hughes*, 4 Brown 27, 31, 2 Eng. Rep. 18, 21 (1778), se sostuvo que *Pillans v. Van Mierop* proveyó que la consideración no era necesaria cuando la promesa estaba reducida a un escrito.

El Estatuto de Fraudes fue establecido para proteger a deudores de demandantes inescrupulosos que podrían influir el incontrolado juicio por jurado de la época. Sin embargo, un siglo después, los jurados fueron mejor controlados debido a innovaciones procedimentales incluyendo modernas reglas de evidencia. En 1760, Mansfield tenía confianza en que el jurado podría rendir opiniones racionales, debido a las innovaciones procedimentales que él ayudó en implementar. Eventualmente estas decisiones y observaciones de Mansfield (de que la consideración moral es adecuada), fueron posteriormente derogadas en el siglo XIX, nos comenta Atiyah (1974, p. 162).

Un par de decisiones a mitades de 1770 siguieron la corriente de Mansfield, heredero de los precedentes de la obligación moral de Holt. Uno de esos casos se refiere al abandono en casos de bancarrota (*Trueman v. Fenton*, 2 Cowp. 544, 98 Eng. Rep. 1232 (1777)), donde el abandono se produjo después de haber entablado un caso de bancarrota. Este caso es un claro descendiente del abandono de la

1230 Ricks (1998) sostiene que la principal crítica parece ser que la definición de "consideración" no es consistente en diferentes tribunales y contextos. Por ejemplo, en algunos casos el amor y el afecto se consideran suficiente consideración, mientras que en otros no (pp. 663 y ss.).

prescripción extintiva, donde Mansfield citó un precedente: *Heyling v. Hastings*, 1 Ld. Raym. 389, 421, 91 Eng. Rep. 1157, 1179 (1699).

El otro caso no muy separado del legado de Holt, fue *Goodright ex dim. Elizabeth Carter v. Straphan*, 1 Cowp. 201, 98 Eng. Rep. 1043 (1774). En este caso una viuda prometió honrar una obligación hipotecaria no accionable. Este caso es parecido al caso planteado por Holt donde un contrato anulable de un niño era ratificado cuando adquiriese la mayoría de edad.

El deseo de Mansfield de utilizar casos de las cortes de equidad, contravenían la tradición del *common law* (Atiyah, 1974, p. 163). Sin embargo, En el caso de *Atkins v. Hill*, 1 Cowp. 284, 98 Eng. Rep. 1088 (1775), Mansfield rechazó la objeción de que los casos de terrenos tenían que ser tratados por cortes eclesiásticas porque las cortes de equidad tenían jurisdicción concurrente, y en cambio sostuvo que las cortes del *common law* podrían ver ese tipo de casos.

Atkins es un caso donde el albacea de la herencia prometió pagar la herencia a los herederos, donde la promesa de pagar una obligación pasado fue hecha basada en una buena y valiosa consideración, sobre todo en casos donde no podría ser conminado a pagar. Mansfield instigó el caso de *Atkins* (después de su derrota en *Rann v. Hughes* (17789)), en otro *caso Hawkes v. Saunders*, 1 Cowp. 289, 98 Eng. Rep. 1091 (1782), donde el albacea prometió pagar la herencia.

La diferencia entre *Rann* con *Hawkes* es que en este último la masa hereditaria tenía propiedades para pagar la herencia. Pero Mansfield, más conservador ahora (en *Hawkes*) que, en *Rann*, no eliminó totalmente el elemento de la consideración, en cambio sostuvo que la obligación moral era la que constituía la base de la consideración, sobre todo en aquellos casos (como los que planteaba Holt) donde la deuda era incobrable o cuando un infante había hecho

un contrato, hasta incluso su propio caso de renuncia al beneficio de la bancarrota después de haber entablado el proceso.[1231]

Los casos de la obligación moral de Mansfield cobraron fuerza en la primera cuarta parte del siglo diecinueve en Inglaterra, e iluminó a jueces en los EE.UU. que continuaron su inclinación por ideas del derecho de equidad. Sin embargo, muchos de los casos que postuló Mansfield ocasionaron mucho problema y fueron ultimados en el siglo XIX, como lo asevera Atiyah (1974, p. 162).

Por su parte, en 1817 se dio un caso ejemplar en los EE.UU.: *Bentley v. Morse*, 14 Johns. (N.Y.) 468 (1817). El caso consistía en que un deudor que ya había pagado la deuda, tuvo que pagar por segunda vez después que el acreedor obtuvo una sentencia en su contra. Cuando el deudor informó al acreedor de lo ocurrido, el acreedor prometió devolver el segundo pago si el deudor la enseñaba el recibo de pago. Las Cortes sostuvieron que la obligación moral de devolver el dinero, hecha en la promesa del acreedor, era suficiente para accionar.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, el centro de atención estuvo en el beneficio anterior del promitente. Por ejemplo, en el caso de Vermont *Seymour v. Town of Marlboro*, 40 Vt. 171 (Vt. 1868), un residente descubrió una recompensa de $300.00 para enrolarse como voluntario en el Ejército una vez que estuvo enrolado. El residente reclamó la recompensa y la ciudad votó que era justo entregarle la recompensa toda vez que el residente atendió al deber patrió al deber patriótico de servir en el ejército.

Pero el primer caso ampliamente sustentado en la obligación moral pese a las objeciones de la obligación pasada fue *Drake v. Bell*, 26 Misc. 237, 55 N.Y.S. 945 (1899), en el que un contratista reparó una

1231 Bridgeman (2007) menciona que la doctrina de la consideración es central para el derecho contractual y difícil de dejar de lado (p. 3027).

casa vacante incorrecta, pero el dueño de esa casa le promete pagar al contratista por el beneficio conferido.

Drake v. Bell representó el primer avance en contra de la tendencia adversa a los principios de la obligación moral como sustituto de la consideración.[1232] El Juez Gaynor distinguió el caso de la Corte de Massachusetts de 1825 *Mills v. Wyman*, 20 Mass (3 Pick.) 207 (1825), estableciendo una línea limítrofe entre ambos casos, ya que en *Drake v. Bell* el demandado promitente recibió el beneficio de la propiedad, pero en *Mills v. Wyman* el demandado era el padre de un hijo enfermo que prometió pagar por el cuidado a su hijo.

Adicionalmente, el Juez Gaynor distinguió el caso *Eastwood v. Kenyon*, 11 Ad. & El. 438, 113 Eng. Rep. 482 (1840), que era el caso que revirtió las ideas de la obligación moral de Mansfield en Inglaterra. En este caso (*Eastwood*), el Juez Denman criticó la doctrina de la obligación moral haciendo añicos a Mansfield.

4.2. La obligación moral no es reconocida como consideración

Los problemas de la obligación moral han sido tratados infructuosamente por los autores desde hace décadas. Tenemos el ejemplo de Lord Mansfield que entre los años 1774 y 1782 trató de hacer ejecutables acuerdos donde una obligación moral estaba de por medio. Por ejemplo, el caso de *Hawkes v. Saunders*, 1 Cowp. 289, 290, 98 Eng. Rep. 1091 (K.B. 782), el albacea había prometido pagar un legado que no era ejecutable, pero Mansfield razonó que la rectitud moral y la promesa honesta eran suficiente consideración de tal promesa. Sin embargo, pese a una inicial y favorable aceptación de

1232 En este sentido Distelhorst (1991) menciona que el *estoppel* promisorio se utiliza como un "sustituto" de la consideración en ciertos casos. Esto sugiere que el *estoppel* promisorio se utiliza para abordar situaciones en las que la teoría de la consideración no es aplicable o suficiente (p. 69).

su teoría, al final fue repelida por *Eastwood v. Kenyon*, 11 Adol. & El. 438, 113 Eng. Rep. 482 (Q.B. 1840) (Von Mehren, 1959, p. 1036).

Nótese la similitud en las resoluciones de cortes en ambos sistemas, *civil law* y *common law*. En el caso *Mills v. Wyman*, 20 Mass. (3 Pick.) 207 (1825) la promesa hecha por un padre de rembolsar a un tercero[1233] que ayudó a su hijo mayor (a quien no tenía la obligación legal de dar soporte económico), fue considerada como no ejecutable; de la misma suerte en el caso de *Dawson v. Dawson*, 12 Iowa 512 (1861), donde la promesa de un hijo a pagar por el soporte a su padre, fue considerado como inejecutable.

En el caso de *Webb v. McGowin*, 27 Ala. App. 82, 168 So. 196 (1935), cert. Denied, 232 Ala 374, 168 So. 199 (1936), la promesa de una persona de pagar un dinero mensual a otra que le haya salvado la vida (su salvador), es ejecutable cuando esa persona fallezca y el albacea tiene la obligación de dar honor a la promesa que en sí es una confirmación del servicio prestado por el salvador.[1234]

1233 Palmer (1989) realiza una crítica a la teoría de la consideración que parece ser que no tiene en cuenta situaciones en las que el beneficiario no es parte del contrato, como en el caso de un regalo (pp. 20-21). En este sentido, Pollock (1902) analiza la dificultad de determinar si una tercera persona puede demandar sobre un contrato hecho para su beneficio, y la ambigüedad en torno a si un contrato hecho en beneficio de una persona cercanamente relacionada con una o ambas partes contratantes puede ser exigido por esa persona (p. 311-312).

1234 En caso del civil law, la suerte es parecida. En el caso de *Guidez v. Thuet*, Cour d' Appel de Douai (2d Ch.), Julio 2, 2847, [1849] D. II. 239, la promesa de un esposo de pagar a una mujer por los servicios prestados a su esposa moribunda, fue considerado un contrato ejecutable y no una donación, por cuanto se trata de una obligación natural del esposo.

El caso de *Brion v. Saqui-Sannes*, *Cour de Cassation* (Ch. req.), marzo 23, 2870 [1870]. S.I. 214, la promesa de una madre de pagar una anualidad a la abuela por cuidar de la nieta, se declaró inejecutable porque no existía una obligación natural de la abuela a la nieta, y fue considerada una donación.

En el caso de *Darier v. Dubois*, Court d'Appel de Paris (8th Ch.), nov. 5, 1925, la Corte de Apelaciones de París decidió que era inejecutable la promesa del Dr. Darier de dar una anualidad a la Sra. Dubois quien fuera amante de Darier, en circunstancias en que Darier había apoyado económicamente a la Sra. Dubois y a

En el *common law* americano, la versión final del Restatement de los Contratos de 1932 reconoció las tradicionales excepciones a la figura de la consideración, cual es el abandono de una prescripción extintiva o la ratificación de un contrato anulable. Sin embargo, Williston asume una postura conservadora. No obstante, ello, se experimenta un aumento creciente del número de casos después de la publicación del Sumario de los Contratos.

No obstante, la oposición de Williston, los redactores del Sumario siguieron la tendencia creciente de la jurisprudencia que reconoció el principio de la obligación moral. Ocho de las trece decisiones citadas por los redactores fueron casos racionalizados dentro de los confines de la doctrina de la consideración; de los otros cinco, tres opiniones de Wisconsin proveyeron una lógica adicional alternativa[1235] a la consideración[1236] y obligación moral (*Park Falls State Bank v. Fordyce*, 238 N.W. 516, 206 Wis. 628 (Wis. 1931); *In re Hatten's Estate*, 288 N.W. 278, 233 Wis. 199 (Wis. 1939); I*n re Gerke's Estat*e, 73 N.W. 2d 506, 271 Wis. 297 (Wis. 1955), etc), y dos ampararon su lógica en el principio independiente de la obligación moral (*Muir v. Kane*, 104 P. 153, 55 Wash. 131 (Wash. 1909); *Old American Life Ins. Co. v. Biggers*, 172 F. 2d. 495 (10th Cir. 1949)).

---

su hija, y donde Darier apoyó con esta anualidad a Dubois hasta circunstancias en que Dubois contrajo matrimonio.

Es necesario destacar cómo las cortes en uno u otro sistema llegan a resultados parecidos sin echar mano ni de la doctrina de la causa ni de la consideración, y básicamente dichas situaciones fueron motivadas por el afán de impedir injusticias.

1235 Para Leibman y Nathan (1987) un análisis de "unconscionability" (iniquidad) es preferible a un análisis de consideración por tres razones: (1) es difícil para los tribunales determinar cuánto beneficio es necesario para satisfacer el requisito de la consideración, (2) un análisis de iniquidad permite una visión más integral de las circunstancias y (3) la doctrina de iniquidad permite una mayor flexibilidad en cuanto a los remedios (pp. 1552-1553).

1236 Farber y Mathison (1985) mencionan que algunos tribunales están utilizando el *estoppel* promisorio como una base principal de ejecución, en lugar de como una teoría alternativa, lo que sugiere que la teoría de la consideración puede no ser tan necesaria como lo fue en el pasado (p. 908).

En el primer caso *Muir v. Kane*, un agente ofreció servicios a un comprador, pero fracasó en cumplir con los Estatutos de Washington, que tomaron tal contrato como nulo. La Corte obligó la subsecuente promesa escrita de pagar a un agente por sus servicios porque se reconoció que la mejor regla era aquella que amparaba un contrato basado en una obligación moral.

En el año de 1927, una Corte de California abrazó los principios de *Muir v. Kane* en el caso *Coulter v. Howard*, 262 P. 751 (Cal. 1927). En ambos casos no se hace mención a la doctrina de la consideración.

En el caso de Oklahoma *Old Am. Life Ins. Co. v. Biggers*, 172 F.2d 495 (10th Cir. 1949), una Corte federal de apelaciones confirmó la tendencia de la obligación moral. En este caso, una persona inyectó sus propios fondos en una compañía de seguros al borde de la quiebra para que después de que resurgiera, prometiera a esa persona reintegrarle los fondos invertidos.

La ausencia de un contrato anterior nulo o anulable, hizo que este caso (*Old American Life*) fuera un caso mucho más sólido y contundente que el de *Muir v. Kane*, sin embargo, el estatuto de Oklahoma pronto pretendió ser la base legislativa de tal caso (*Okla. Stat. Ann.* tit. 15, § 107 (West 1940)) para abandonar así todo el crédito a la doctrina de la obligación moral, ya que el estatuto declaró que esta obligación oral era "buena consideración" para una subsecuente promesa. Otros estatutos pretendieron repetir este ejemplo, por ejemplo N.Y. Gen. Oblig. Law § 5-1105 (1970) requiriendo una promesa escrita; Cal. Civ. Code §1606 (1872); Ga. Code Ann. § 20-303 (1960).

Entonces ambos casos (*Old American Life y Muir v. Kane*) se convertirían en los pilares de la doctrina de la obligación moral y de la subsecuente promesa de restitución.

El futuro próximo fue un amplio apoyo judicial de ambos casos, especialmente la aplicación de este principio por los redactores de 1979. Hay casos que merecen especial atención como la promesa por un beneficio conferido a un miembro de la familia, o el caso de la promesa de recompensa por un daño extracontractual causado por el promitente, o el caso de una promesa de anular un beneficio basado en un intercambio inequitativo en un contrato.

En la actualidad, en la práctica del *common law* americano, la obligación moral no es buena consideración.[1237]

4.3. La regla de la obligación preexistente frente a las modificaciones de los contratos

La regla de la obligación preexistente (que dice que un contrato no puede modificarse a menos que tenga una nueva consideración, y los que tienen una obligación preexistente necesitan de nueva consideración para poder modificarse) tiene sus raíces en el caso *Pinnel* (*Pinnel's Case*, 5 Co. Rep. 117a, 77 Eng. Rep. 237 (1602)). Esta regla se vio reforzada por la Casa de los Senadores (House of the Lords) en el caso *Foakes v. Beer*, 9 App. Cas. 605 (H.L. 1884).

La justificación doctrinal de esta regla se basaba en la imposibilidad de modificar un contrato existente con otro acuerdo que no haya sido negociado con una nueva consideración[1238]

1237 El apoyo judicial futuro a estos casos, especialmente desde 1979, destaca la aplicación de principios en situaciones como promesas beneficiosas a familiares, promesas de recompensa por daños causados por el promitente, o promesas de anular beneficios en contratos inequitativos. Aunque la "obligación moral" generalmente no es vinculante, si una promesa lleva a un cambio de actitud en la parte aceptante, podría ser accionable bajo el *Promissory estoppel* (PE). Esto contrasta con la RINP, que se enfoca en negociaciones preliminares, mientras que el PE abarca promesas sobre hechos no vinculados inicialmente por consideración.

1238 Para Beh (1997), la regla del deber preexistente, que se basa en la teoría de la consideración, puede llevar a resultados injustos. Específicamente, el autor dice que "algunas modificaciones se alcanzan sin coerción aparente, y la consideración

(detrimento/beneficio). *Richards v. Bartlett*, 1 Leon. 19, 74 Eng. Rep. 17, 17 (1584).

Si bien es cierto que esta regla continúa constituyendo la regla en los contratos contemporáneos, el UCC[1239] abandonó esta regla para los contratos por venta de bienes.[1240] Asimismo, un caso inglés de 1990 le dio encarnadura a esta tesis (*Williams v. Roffey*, 1 All E.R. 512, 527 (1990)).

En el caso *Williams v. Roffey*[1241] la consideración es vista como la ventaja comercial para ambas partes en un contrato de ejecución continua. En otros casos la concepción de la consideración fue distinta. A veces era el beneficio al acreedor de un contrato de *cash* en mano, encontrando detrimento al deudor (*Frye v. Hubbell*, 68 A. 325, 74 N.H. 358 (N.H. 1907)); en otros casos se establecieron ciertas tendencias en contra, como el caso de *Rye v. Phillips*, 282 N.W. 459, 460, 203 Minn. 567 (Minn. 1938): "La doctrina es una de las reliquias del antiguo derecho que debió ser descartada hace mucho tiempo."[1242]

---

por el trato modificado representa una transacción más justa que el trato inicial" (pp. 123-124).

1239 Código Uniforme de Comercio [UCC], 1952 (EE.UU.).

1240 En esta línea, Engelskirchen (1997) argumenta que la teoría de la consideración está "sobrecargada con tareas adicionales para las cuales es totalmente inadecuada", lo que lleva a "distorsiones y evasiones". Específicamente, el autor argumenta que la teoría de la consideración no es adecuada para abordar cuestiones de modificación de contratos, que involucran preocupaciones diferentes a las de la formación original de un contrato (pp. 564-566).

1241 Mc Kendrick (2017) examina la historia de la consideración en el derecho contractual inglés, destacando que ha sido cuestionada por la decisión de la Corte de Apelaciones en el caso *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.* (pp. 136-138.).

1242 En el mismo sentido, Barnett y Becker (1987) discuten la regla del deber preexistente, que requiere que las modificaciones de contrato estén respaldadas por una consideración negociada. La principal crítica es que esta regla a menudo es poco práctica, ya que las modificaciones de contrato son comunes y a menudo mutuamente beneficiosas, en lugar de ser el resultado de una parte explotando la vulnerabilidad de la otra (p. 460).

4.4. Promesas gratuitas (donaciones) sin consideración

El caso más famoso de las promesas gratuitas empleando la lógica de la dependencia o confianza o dependencia ("reliance") es el de las suscripciones gratuitas, liderada por un par de decisiones en Illinois en los años 1860's. En el caso de *Pryor v. Cain* (25 Ill. 263, Ill. 1861), los demandantes fueron los compañeros de iglesia del demandado, y no la organización de caridad recipiendaria de la promesa, donde el demandado era responsable en la suscripción de caridad en la que los otros miembros confiaron y dependieron prestándose dinero personalmente y realizando trabajo para construir la iglesia. El demandado estaba obligado en buena fe a cumplir la obligación, ya que la otra parte pagó el dinero o cumplió con su trabajo y materiales tenía el derecho a confiar en aquella subscripción.

En el segundo caso de *Thompson v. Board of Supervisors of Mercer County*, 40 Ill. 379 (1866), el demandado fue encontrado responsable debido a los gastos incurridos por los otros miembros que confiaron en la oferta de renovar el edificio de la Corte.

La mayoría de los casos de suscripción por caridad[1243] se basan en la teoría de la confianza o dependencia o dependencia ("reliance"), a diferencia de los casos de transferencia de tierra donde muchas veces el Estatuto de Fraudes entraba a colación.[1244]

A tenor de las subscripciones de caridad, Cardozo explicaría en su oportunidad, en el caso *Allegheny College*,[1245] que las concepciones

1243 Bridgeman (2005) analiza cómo la consideración ha sido modificada por la doctrina del *estoppel* promisorio y cómo se aplica en el contexto de las suscripciones caritativas (pp. 162-166).

1244 Baron (1989) hace alusión al caso *Wyndham v. Chetwynd*, 96 Eng. Rep. 53, 55 (K.B. 1757) para referirse a los autores que argumentan que las protecciones proporcionadas por el Estatuto de Fraudes no valen los problemas que el estatuto causa (ft. 253).

1245 *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown*, 159 N.E. 173, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927).

del orden público son las que han configurado las decisiones de subscripciones de caridad basadas en el incumplimiento de promesas al público y de una "…injustificable desilusión de las esperanzas razonables de los interesados". Cardozo no pudo encontrar suficiente espacio para maniobrar la teoría de la consideración en tal caso,[1246] ya que Nueva York no se adhirió a las posturas del intercambio negociado de Holmes.[1247]

En el caso de *Allegheny College v. National Chautauqua Bank* (1927), Cardozo no vió ninguna razón por la cual una nueva lectura del significado de la consideración debería impedir la ejecución de una promesa de caridad. Ambos Cardozo y Corbin vieron una simetría entre la consideración y la promesa vinculante, donde las promesas fueron vinculantes si fueron hechas seriamente para proteger la confianza o dependencia razonable del promitente.

Desde que las Cortes comenzaron a decidir sobre las subscripciones de caridad, en las que el aceptante confió, en el último cuarto del siglo XIX, algunos recomendaron que una aplicación universal de la doctrina de la *promesa vinculante* ("*promissory estoppel*") extendida a otras clases de promesas gratuitas, que es lo que hizo el primer "Código of Contracts", y un ejemplo de

1246 Linzer (2000) señala que el caso de *Allegheny College* se utiliza para introducir el *estoppel* promisorio, plantea la pregunta de si el *bargain* (intercambio) debería ser un elemento esencial de la consideración. Esto sugiere que el *estoppel* promisorio puede ser una respuesta a las limitaciones de la teoría de la consideración (p. 1323).

1247 Bridgeman (2005) menciona con respecto a la teoría formalista: "En lugar de discutir cuán precisamente se podría llamar formalista a Cardozo en su totalidad, me gustaría simplemente examinar una descripción común del formalismo clásico, entendido como "jurisprudencia mecánica". [FN172] Según esta comprensión del formalismo, la etiqueta "formalismo contextual" podría parecer inicialmente una contradicción en términos. Se dice comúnmente que los formalistas deciden casos basándose en deducciones lógicas de reglas abstractas. [FN173] En sus versiones más extremas, el formalismo es completamente insensible a los resultados, incluso a los absurdos o injustos" (pp. 183-184).

ello se ven en el caso *Irwin v. Dyke*,[1248] donde la consideración no fue mencionada para nada.[1249] El caso se basó principalmente en la confianza o dependencia y creencia del hijo en las promesas del padre de dejarle una parcela. La Corte estimó que el hecho de que hijo retornara a la parcela, hiciera modestas mejoras y pague algún dinero del contrato, fueron hechos en la confianza o dependencia y creencia en la promesa ofrecida, en la que una Corte de equidad validaría la ejecución de tal acuerdo.

El "*impedimento equitativo*" ("*equitable estoppel*") había sido una regla de las demandas y de evidencia que impedía que una parte denegara que había mentido sobre un hecho sobre el cual la otra parte había confiado.

En el caso *Miller v. Western Coll. of Toledo*, 52 N.E. 432, 436 (*Ohio* 1898), cuando el donante ejecutó un contrato promisorio de la construcción de un edificio, la corte manifestó que el demandado estaría impedido de alegar ausencia de consideración cuando el dinero había sido gastado, o gastos que se habían incurrido, en contemplación del contrato. La Corte añadió que el contrato iba a ser válido, no por las teorías de la consideración, pero por razón del "*estoppel*" (impedimento), entonces el donante está obligado a pagar.[1250]

Sin embargo, ocasionalmente la Corte confundía los términos de "promesa vinculante" ("*Promissory estoppel*") con los de "impedimento equitativo" (*equitable estoppel*), como en *Ricketts v. Scothorn*, 77 N.W. 365, 57 *Neb.* 51 (*Neb.* 1898). En 1909, una corte aplicó el "impedimento

1248 *Irwin v. Dyke*, 1 N.E. 913, 114 Ill. 302 (Ill. 1885),

1249 Farber y Matheson (1985) consideran que el *estoppel* promisorio es una expansión de los límites tradicionales de la obligación promisoria (pp. 925-930).

1250 Para Beh (1997), la regla del deber preexistente no está bien fundamentada en la doctrina de la consideración y no está justificada de manera justa, ya que otras doctrinas judiciales pueden proteger contra demandas coercitivas (pp. 115-154).

equitativo" ("equitable *estoppels*") a una promesa de poner un acuerdo dentro del Estatuto de Fraudes por escrito. En verdad lo que la Corte estaba haciendo es ejecutar una promesa e impedir evidencia contra la falsedad. El impedimento equitativo ("equitable *estoppel*") se refiere al pasado o presente, mientras que la "promesa vinculante" ("*promissory estoppel*") se refiere al futuro.[1251]

Las teorías del "impedimento equitativo" y el remedio de la "confianza o dependencia detrimental" (*detrimental reliance*" comparten un común denominador en el sentido de que, en ambas teorías, una de las partes confía en las promesas de la otra parte, o en la falsedad o en el fracaso de mantener la promesa, y el impedimento de erigir una defensa que de otra manera pudiera estar disponible.

Este préstamo de ideas del impedimento equitativo no fue apto, desde que en la teoría de la promesa vinculante no hubo falsedad. Tanta confusión existió que algunas cortes basaron sus decisiones en las figuras de fraude antes de aplicar la teoría de la "promesa vinculante". *Dovenmuehle, Inc. v. K-Way Assoc.*, 388 F.2d 940, 947 (7th Cir. 1968); *Meredith v. John Deere Plow Co.*, 261 F.2d 121, 124 (8th Cir. 1958); *Swift v. Peterson*, 37 N.W. 2d 258, 259, 240 Iowa. 715, 719 (Iowa 1949).

En el siglo XIX, la promesa vinculante llenó los espacios vacíos de los casos de confianza o dependencia detrimental no ejecutable por promesas selladas o por contratos basados en la reciprocidad de la consideración.[1252]

1251 Stoljar (1955) sostiene que la teoría de la consideración solo aborda la mitad del problema, ya que no toma en cuenta la necesidad del beneficiario de proteger los beneficios futuros. Además, argumenta que el uso de términos como "beneficios" y "perjuicios" es artificial en este contexto (pp. 524-525).

1252 Cf. *Commonwealth v. Scituate Savings Bank*, 137 Mass. 301, 302 (Mass. 1884) (Holmes declara: "La doctrina de la consideración se eliminaría de raíz si el promisario haría una promesa vinculante por el subsiguiente acto en confianza o dependencia de la promesa?").

En los 1920's, los redactores de los "Código de los Contratos" introdujeron la sección 90 que se convirtió en el más significante desprendimiento del precedente del Primer "Código", y la versión oficial de 1928 estableció una regla general más amplia que la regla primigenia.[1253]

La sección 90 dio pie al nacimiento de un crecimiento de consideraciones equitativas[1254] más allá de las categorías originales de las donaciones.[1255]

1253 De igual manera, Eisenberg (1997) señala que el *estoppel* promisorio surgió como una forma de hacer cumplir las promesas donativas en las que se había confiado, lo cual la teoría de la consideración no permitía (pp. 833-834).

1254 Para Beh (1997), el Código Comercial Uniforme y el Restatement (Second) of Contracts, ambos permiten modificaciones de contratos sin nueva consideración (pp. 115-154).

1255 En el *Civil Law* la situación es diferente. El artículo 516 del Código Alemán tiene una definición de los regalos y donaciones que es preciso analizar. "La donación es un acto de disposición en el que una persona confiere un beneficio a otra persona, si ambas personas acuerdan que tal disposición es hecha gratuitamente." (Código Civil Alemán (BGB), Sección 516. Enero 2, de 2002. (Alemania)).
En 1910, en el caso de *H. v. Sch.*, *Reichsgericht*(*VI. Zivilsenat*) June 30, 1910, 74 R.G.Z., 139, la corte dio un dictamen sorprendente. El demandado recibió una orden importante por parte de una compañía cuyo presidente era el esposo de la hermana del demandado. Cuando el demandado recibió la importante orden, la hermana pidió una comisión al demandando que no había estado nunca estipulada, y luego la asignó al demandante. La hermana se sentía con todo el derecho legal de recibir una comisión, y el demandado da una promesa de otorgar algo de comisión a título gratuito, pero no como respuesta a ninguna obligación que él tuviera con la hermana. Como corolario, no todo pago a título gratuito que se realice como compensación de un hecho anterior constituye una donación porque faltan todos sus elementos integrantes para que una donación exista, cual es el que ambas partes estén de acuerdo. (Cfr. Von Mehren, 1959, p. 1044).
Por su parte, en el *common law*, existe la figura de que la consideración puede ser mínima y no es necesario que sea adecuada. En este sentido, un acto gratuito puede enmascararse como acto oneroso o como una transferencia onerosa, cuando en realidad existe una donación. Entonces, en el derecho alemán no todos los actos que parecen donaciones lo son en realidad, sino que pueden ser actos onerosos. De la misma manera, en el *common law*, no todos los actos que parecen ser onerosos lo son en realidad, sino que pueden ser gratuitos, pero como la figura de la consideración adecuada entra a tallar, entonces la forma de desenmascarar un acto que pinta como oneroso pero que en realidad no lo es, es a través de la evidencia. De la misma forma, en el derecho alemán, la evidencia y la prueba será indispensable para probar que un acto no es gratuito sino oneroso.

5. SOLUCIONES A LAS FALENCIAS DE LA CONSIDERACIÓN

5.1. El enriquecimiento injusto frente a la consideración: tesis restitutorias

Teeven (2004, p. 335) explica que el inicio de las tesis restitutorias se encuentra en los casos del siglo XVII y siglo XVIII, tomados por Mansfield desde el caso *Moses v. Macferlan*, 2 Burr. 1005, 97 Eng. Rep.

Otro caso interesante en el *civil law* lo trae *Bailly v. Ville de Nancy*, Cour de Cassation (Ch. civ.), Feb 5, 1923, en el cual la figura de la donación bajo el artículo 931 del Código Civil Francés, guarda concomitancia con la figura del artículo 516 del Código Alemán. El caso trata que uno de los concejales promete donar cien mil francos al municipio con la condición de que el municipio emprenda acciones de apoyo social. El banco del concejal recibió la orden de transferir el dinero a la cuenta del Municipio, pero el banco entró en moratoria y el dinero no pudo desembolsarse. Sin embargo, el municipio, basado en la promesa del concejal usó de su propio peculio el dinero para los apoyos de acción social (Cfr. Von Mehren, 1959, p. 1049). La Corte sostuvo que no se trataba de una donación como se la quería plantear por cuanto la donación no pudo cuajarse de acuerdo a los dictámenes del artículo 931 del Código Civil Francés, que dice: "Art. 931. Todo instrumento o acta que contenga donación entre vivos, se otorgará ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, y quedará protocolo de él bajo pena de nulidad" (Artículo 931 del Código Civil Francés (CCF). Código Civil Francés, enmendado por Francia, 2016).

Otro ejemplo interesante en el *civil law*, lo encontramos en el Derecho alemán. El caso en sí guarda relación con la figura de la confianza detrimental (detrimental reliance) del *common law*, *B. und Gen.* V *Verein fur Fakultative Feuerrbestattung*, *Reichsgericht* (III. Zivilsenat), Feb 6, 1905, 62 R.G.Z. 386. El caso es que un benefactor aceptó donar oralmente y por escrito 50 mil marcos a una organización encargada de las cremaciones de la ciudad que tenía por cometido la construcción de un crematorio. Una vez que la organización emprendió la construcción del crematorio, y después que el benefactor contribuyó 20 mil marcos, el benefactor se negó a seguir contribuyendo. La Corte desestimó la teoría de que se trataba de un regalo o de una donación no vinculante, y estimó que esta transacción sí era vinculante porque la organización no fue enriquecida. En el *common law*, tendríamos un resultado parecido bajo la teoría del detrimental reliance, independientemente si la organización se enriqueció o no, sino bajo la teoría de que la organización confió en la palabra del benefactor en su propio detrimento porque la organización ya empezó a construir el crematorio y se quedó en la mitad de la construcción ante la negativa del benefactor.

El demandante debe demostrar que sufrió un detrimento al confiar en las promesas del demandado, y además debe demostrar que tal confianza le hizo actuar en desmedro y perjuicio. De no haber tal actuación en desmedro, no habría una acción legal bajo el postulado del *promissory estoppel*. (*Hughes.* V *Encyclopaedia Britannica, Inc.*, 117 N.E. 2d 880 (III. App. Ct., 1954)).

676 (1760). Anterior a la época de Mansfield las distinciones entre el beneficio a partir del contrato o quasi-contrato eran nebulosas ya que existían las vagas peticiones a partir de la asunción de la deuda. Mansfield asumió la idea de que las nociones de "justicia natural" y "equidad" serían la base para que un deudor devolviera el dinero recibido sin necesidad de hacer una promesa. En realidad, Mansfield se prestó el concepto romano de los "quasi-contratos". Mansfield fue más allá de *Moses v. Macferlan* al establecer que el principio debería aplicar cuando en justicia el deudor debiera devolver el dinero.

La teoría de Mansfield fue demasiado expansiva para operar como una regla clara y precisaba mayor refinamiento, y hasta mediados del siglo XIX, solo limitado uso de esta doctrina fue hecho en los EE.UU. e Inglaterra. En realidad, el objetivo del quasi-contrato es el de prevenir enriquecimiento injusto antes que el de cubrir el rol del contrato de proteger las esperanzas o la expectativa surgida en el aceptante.

De esta forma, durante la segunda mitad del siglo XIX las reglas divergieron en los EE.UU. e Inglaterra al respecto del cuasicontrato y las teorías de Mansfield. En Inglaterra, la figura de la restitución se basó básicamente en instituciones del precedente (Teeven, 2004, pp. 335 y ss).

Todo parecer sugerir que Inglaterra no se separó de las teorías de los "casos juzgados" (*stare decisis*). Al final de la segunda mitad del siglo XIX, en el caso *Sinclair v. Brougham*, 1914 A.C. 398 (Lord Summer), la Corte inglesa continuó aplicando el sistema de los precedentes, sosteniendo que, desde la abolición de las formas, el *common law* fue dividido solo entre "torts" (responsabilidad extracontractual) y contratos.

Los jueces ingleses no aceptaron ningún principio del cuasicontrato, y se enquistaron en la ficción de la promesa implícita

de pagar el dinero y en la asunción, pese a que el consentimiento era inexistente y que las formas de la asunción en las deudas estaban terminadas.

Comentadores y jueces habían desafiado esta estructura basados en que el derecho y la justicia estaban soldados y que nuevas soluciones tenían que partir de la equidad. Poco a poco el sistema judicial inglés llegó a la conclusión asumida por el Código Americano de Restitución.

En este proceso, las cortes empezaron a reconocer la existencia de una tercera categoría en el *common law* basada no en los torts (responsabilidad extracontractual) o los contratos, pero en la ley natural del enriquecimiento injusto. Sin embargo, el reconocimiento de la deuda en base a una obligación moral como consideración, tal cual lo planteaba Mansfield (pese a estar excluida por el estatuto de limitaciones), posteriormente resultó ser insuficiente (Atiyah, 1974, p. 165).

De otra parte, en 1888, relata Teeven (2004, p. 340), el historiador americano Ames fue el primero en aislar el principio del enriquecimiento ilícito de la jurisprudencia de los siglos XVII y XVIII, atando su desarrollo a los planteamientos de Mansfield. El quasi contrato entonces quedaba como una figura enteramente de equidad, puesto que no existió acuerdo mutuo ni tampoco consideración, aunque era similar al contrato en el sentido de que una obligación tenía que cumplirse.

Todo este desarrollo y estudio conllevó a que esta teoría sea considerada en el Código de las Restituciones de 1937,[1256] en cuya sección primera decía: "Una persona que se haya enriquecido injustamente a expensas de otro, es requerido a restituirle."

1256 American Law Institute. (1937). Restatement on Restitution (ROR).

Entonces la nueva institución de la restitución tenía un campo más amplio que el del quasi-contrato que se basaba en una acción legal. La restitución en cambio brindaba solución a casos de enriquecimiento injusto, y en muchos casos es un remedio alternativo a los casos de contratos incumplidos o daños sufridos en la responsabilidad extracontractual.

Entonces la restitución se aplica a muchos campos como la responsabilidad extracontractual, contratos, hasta las relaciones fideicomisarias. Como ejemplo tenemos:

- Cuando un enriquecimiento injusto podría ocurrir debido a la indisponibilidad de una ejecución específica.
- Cuando no es probable aquello esperado.
- Cuando una parte escoge legalmente romper el contrato.

Es necesario aclarar que el Código de Restituciones usa el término de restituciones legales en campos relacionados al contrato como extensión de los casos de responsabilidad cuasicontractual anunciado por Mansfield en el caso *Moses v. Macferlan*,[1257] donde el demandado debía reembolsar el dinero pagado por error o por violencia, o cuando es obtenido por el demandante bajo ventaja indebida.

En el siglo XX las cortes empezaron a usar la restitución en campos contractuales en los que existía incumplimiento de contratos y el remedio legal resultaba injusto. Por ejemplo, en un caso de Missouri de 1889 (*Smith v. Keith & Perry Coal Co.*, 36 Mo. App. 567, 579-80, Mo. 1889), un contrato de compra de 140 toneladas de heno es incumplido por el comprador después de haber recibido 47 toneladas, pero ya el precio del heno había subido. La corte ordenó

1257 *Moses v. Macferlan*, 2 Burr. 1005, 97 Eng. Rep. 676 (1760).

que el vendedor obtenga el precio de mercado actual (que era mayor) y no el precio del heno al momento de pactar ya (que era menor).

La decisión en *Smith v. Keith & Perry Coal Co.* estuvo basada en otras decisiones parecidas del siglo XIX. Por ejemplo en el caso de *Bush v. Canfield*, 2 Conn. 485 (Conn. 1818), donde los daños por restitución eran mayores que los daños por contrato; en *Nash v. Towne*, 72 U.S. 689 (1866).

Asimismo, una promesa por un beneficio recibido puede ser accionable, aunque no exista el derecho a la recuperación sin la promesa, como lo establece el Segundo Código de Contrato de 1981, artículo 86.[1258]

Ejemplos modernos de restitución se pueden hallar desde tempranos del siglo XVII en los casos de asociaciones ("*trusts*") impuestas (*Thynn v. Thynn*, 1 Ver. 296, 23 Eng. Rep. 459, gravamen por equidad, subrogación *Morgan v. Seymour*, 1 Rep. Ch. 120, 21 Eng. Rep. 525, contabilidad en equidad, contribución, e indemnización.

El caso de las asociaciones impuestas por equidad empezó en el último cuarto del siglo XVII en casos ingleses de disposiciones orales testamentarias, o asociaciones entre vivos sobre tierras que violaron el Estatuto de Fraudes, o en casos fiduciarios de negocios consigo mismo. Una asociación puede ser impuesta si el delegado usó los bienes de la asociación, para privar a este delegado de los beneficios como producto del mal uso de su posición. Durante el último cuarto del siglo XIX, las cortes americanas extendieron el uso de las asociaciones impuestas a casos no fiduciarios, sobre todo en casos de error, fraude, violencia, dolo, influencia indebida, y el incumplimiento de contrato.

1258 American Law Institute. (1981). Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

Es muy difícil para académicos y tratadistas citar todos los casos bajo los cuales la restitución aplica, sobre todo porque los límites de la restitución se desdibujan cuando éste aparece a través de todo el cuerpo del derecho privado.

5.2. Reforma judicial de la regla de la obligación preexistente

Durante el siglo XIX, la dependencia fue la base de muchas acciones para modificar contratos en la jurisprudencia norteamericana bajo el disfraz de los contratos basados en la consideración.

En el caso *Munroe v. Perkins*, 26 Mass. 303, 9 Pick. 298, 20 Am. Dec. 475, 479 (1830), la lógica empleada fue que se encontró consideración en la fe puesta a la promesa de una parte que ofreció mayor pago y dicha parte finalizó el trabajo. En el caso *Wadsworth v. Thompson*, 8 Ill. 423 (1846), la Corte sostuvo que la confianza del deudor en la extensión de tiempo a la fecha original de pago, constituyó consideración por aquella extensión.

En el caso de Iowa *Maxwell v. Graves*, 13 N.W. 758, 59 Iowa. 613 (Iowa 1882), la Corte sostuvo que aún sin consideración para la modificación oral del contrato, el demandado no puede plantear el problema después de que el demandante haya realizado parte de lo prometido y el demandado haya aceptado tal desempeño. El caso es que el arrendador de unas vacas para un criadero por tres años fue modificado por el arrendador que prometió reemplazar las vacas infértiles en la primavera. El demandante arrendatario le dio diez vacas infértiles al demandado la próxima primavera, pero el demandado arrendatario rehusó proveer vacas reemplazantes. La Corte encontró la modificación del contrato válida y accionable porque el arrendatario confió en la promesa del arrendador y actuó en consecuencia basado en tal promesa.

Otros casos parecidos los encontramos en *Arbogast v. Mylius*, 46 S.E. 809, 55 W. Va. 101 (W. Va. 1904), donde en un contrato rescindido por acuerdo mutuo, y el vendedor de buena fe revendió el producto, el comprador es impedido de objetar y usar el raciocinio de la consideración y el hecho cumplido. En el caso de *Blaess v. Nichols & Shepard Co.*, 88 N.W. 829, 115 Iowa 373 (Iowa 1902), cuando una parte haya actuado bajo una modificación, la otra parte no puede objetar que no hubo consideración.

Las Cortes de la segunda mitad del siglo diecinueve empezaron a usar la "confianza o dependencia" ("*reliance*") para modificar contratos para aumentar el pago, que fueron hechos para incentivar el cumplimiento continuado subsecuente al acaecimiento de circunstancias imprevistas que incrementan el peso para la parte ejecutante, como por ejemplo una guerra que hace la mano de obra escasa, o el granito que un excavador de minas puede encontrar.[1259]

1259 Hay un par de casos del siglo diecinueve que conviene estudiar. El primero es un caso de Nueva York (*Meech v. City of Buffalo*, 29 N.Y. 198, 210, N.Y. 1864), cuya decisión se basa en una mezcla de las teorías del riesgo imprevisto y la "dependencia" o "confianza" (reliance), en el que un Municipio acordó pagar más a un contratista de limpieza de desagües que de improviso encontró sacos de arena, tornando el trabajo dos veces más caro.
Otros casos similares que sigan la línea de *Meech v. City of Buffalo* los podemos encontrar en *Blakeslee v. Bd. of Water Com'rs of City of Hartford*, 139 A. 106, 112 (Conn. 1927), envolviendo circunstancias no contempladas por las partes; *Curry v. Boeckeler*, 27 S.W.2d, 473, 475 (Mo. 1930), lidiando con dificultades desconocidas o no anticipadas por las partes cuando el contrato fue ejecutado; *Goebel v. Linn*, 11 N.W. 284, 286, 47 Mich. 489 (Mich. 1882), estableciendo que una modificación era válida porque el comprador libre e independientemente acordó a un precio mayor debido a una circunstancia imprevista, donde la regla de la obligación preexistente no fue mencionada.
En *King v. Duluth Ry. Co.*, 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895), la Corte citó a *Meech v. City of Buffalo* (*Meech v. City of Buffalo*, 29 N.Y. 198, 210, N.Y. 1864) declarando que la circunstancia imprevista constituía consideración suficiente para validar la modificación.
Sin embargo, un caso anterior en Minnesota había declarado que una modificación concerniente a un contrato de excavación debido a rocas encontradas de improviso era inválida e inejecutable bajo la postura de la responsabilidad objetiva contractual

Entonces la ejecución se paralizó en los casos de eventos imprevistos, y la ejecución fue inducida a reiniciar en confianza o dependencia de una promesa de aumento del pago. Después de la publicación del Sumario de Contratos Sección 90 en 1932, las Cortes empezaron a reconocer que la confianza o dependencia fue la base para la modificación de este tipo de contratos.[1260] Por ejemplo en un caso de Massachusetts de 1933 (*Sheehan v. Commercial Travelers*, 186 N.E. 627, 630, Mass. 1933), el demandante perdió el caso por no demostrar esa confianza o dependencia "reliance". Al siguiente año la Corte Suprema de Michigan aplicó una prohibición ("*estoppel*") para impedir que una aseguradora de vida negara los estatutos incorrectos hechos por el remanente del período de cobertura del seguro. El caso es *Hetchler v. Am. Life Ins. Co.*, 254 N.W. 221, 223, 266 Mich. 608 (Mich. 1934).[1261] La Corte estimó que el asegurado había confiado en la representación incorrecta toda vez que él no solicitó otra póliza.

En el caso *Fried v. Fisher*, 196 A. 39, 328 Pa. 497 (Pa. 1938), una Corte de Pensilvania utilizó la promesa vinculante para validar la no responsabilidad de un socio en una obligación de arrendamiento de la compañía. El socio de una firma de abogados le dijo al arrendador

---

donde el precio original era conservado independientemente del grado de dificultades. *King v. Duluth Ry. Co.*, 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895); *Paradine v. Jane, Aleyn* 26, 82 Eng. Rep. 897 (1647).

El grado de imprevisibilidad no requiere ser inmenso dada la relación de continuidad de las partes y, como lo estableció la Corte en el caso *King v. Duluth Railway*, los hechos "son suficientes si son de tal carácter que la demanda por un pago extra es justo" y suprime además las sospechas de coerción.

1260 Barnett (1986) sugiere que sugiere que el creciente reconocimiento de la recuperación basada en la confianza ha permitido que el requisito de la contraprestación sobreviva (fn. 25).

1261 Este caso podría ser visto como de prohibición en equidad ("*equitable estoppel*") desde que la compañía estaba prohibida de probar un hecho contrario a la representación incorrecta sobre la cual la otra parte se basó, pero también puede ser entendida en el terreno de la promesa vinculante ("*promissory estoppel*"), toda vez que la incorrecta representación constituyó también una promesa implícita de respetar el período contractual antes que venza.

que deseaba dejar la firma y empezar un restaurante, pero sólo si no tuviese más responsabilidad en el contrato; el arrendador le aseguró que él estaría exento si su fuese, de modo que el abogado renunció. La Corte Suprema de Pensilvania encontró suficiente confianza o dependencia en la promesa oral. Nueve años después, la Cámara de Senadores empleó una visión parecida en el caso *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, 1947 K.B. 130, y constituyó el caso más conocido en Inglaterra y el Commonwealth sobre la confianza o dependencia ("*reliance*") como base para ejecutar modificaciones contractuales.

La decisión del juez Denning en el caso de *High Trees* fue ampliamente discutida porque fue la primera reforma significativa en Inglaterra de la regla de la obligación preexistente desde el caso *Foakes v. Beer*, 9 App. Cas. 605 (H.L. 1884).

Denning subsecuentemente sirvió como consejero legal en la Casa de Senadores desde 1962-1982 como Maestro de Archivos. En el caso de *High Trees*, Denning reconoció la ausencia de consideración para validar la promesa del arrendador para reducir la renta en un contrato de alquiler de largo plazo, pero estableció que la regla era válida por el período de guerra porque la promesa del arrendador de aceptar una renta menor es ejecutable no obstante la ausencia de consideración, debido a la fusión de la ley con la equidad: aspecto no considerado en *Foakes v. Beer.*

En *High Trees House Ltd.*, 1947 K.B., Denning expresó una aplicación amplia de la promesa vinculante al manifestar: "Prefiero utilizar el principio de que una promesa destinada a ser aplicable, destinada a que se actúe en base a ella, es ejecutable de acuerdo a sus términos." Sin embargo, el mismo Denning parcialmente dio un paso atrás en *Combe v. Combe*, 2 K.B. 215, 219-220 (1951), donde manifestó que: "Tanto como estoy inclinado a favorecer este

principio postulado en High Tress, es importante que no se lo estire demasiado al riesgo de dañarlo". Este temor es similar a la expresión de Mansfield concerniente a la extensión del quasi-contrato, como los casos de *Weston v. Downes*, 1 Doug. 23, 24, 99 Eng. Rep. 19 (1778) o *Brikon Inv. Ltd. v. Carr*, Q.B. 467, 486 (1979), "sería equivocado extender la doctrina de la promesa vinculante al extremo de abolir la doctrina de la consideración." (Teeven, 2002, pp. 350 y ss). Pero no se olvide que para muchos pensadores, el papel de la consideración solamente es académico, porque de deshacerse de esta doctrina, se piensa, la línea divisoria entre promesas que constituyen contratos o no contratos tendría que buscarse de nuevo. (Kessler, 1954, p. 164) Sin embargo, si esto fuera cierto, no se hablaría de acuerdos basados en el "*detrimental reliance*" que juegan el papel de motor impulsor de obligaciones de negocios no contractuales.

En Inglaterra la teoría de la promesa vinculante funciona solamente como una excepción a la regla de la obligación preexistente.

La interpretación de Denning sobre *High Trees* en *Combe v. Combe* es similar también a la de Holt y Mansfield en los casos de obligación moral sobre renuncias en bancarrotas y prescripción extintiva en que la obligación moral no fue la base general para crear obligaciones contractuales, pero en los que una aplicación estricta de la ley referente a bancarrotas y prescripciones extintivas no podría haber conseguido una resultado justo y moral en esos casos.

Bajo las reglas del *common-law*, la regla de la obligación preexistente (*pre-existing duty rule*) dictamina que un contrato de servicios solamente puede ser modificado si existe una nueva consideración. No se puede usar una consideración que ya se usó en un contrato primigenio. A partir de ese problema es que se generan múltiples situaciones fácticas que las Cortes han tratado de resolver, pero que hasta actualmente muchos problemas existen.

Por ejemplo, en casos donde un empleado firma un contrato de empleo con el empleador,[1262] y después de unos meses el empleador le pide al empleado firmar otro contrato de "no competir" con el empleador en caso de que el empleado termine el contrato laboral con el empleador (ya sea si el empleado es despedido o el empleado se retira del trabajo), entonces ese contrato de "no competir" debe tener una nueva consideración[1263] para hacer que la promesa del empleado de "no competir" sea vinculante a ambas partes.[1264] Si el empleador no usa una nueva consideración, pero en vez usa la misma consideración que la que usó al momento de la incepción de la relación laboral, entonces el nuevo contrato es nulo por no tener una nueva consideración.

Entonces el quid del asunto es determinar qué elementos o qué cosas constituyen una nueva y válida consideración en este tipo de contratos de "no competir" cuando es ejecutado mucho tiempo después de que la relación laboral empezó. Y básicamente este tipo de contratos son el interés principal del empleador, toda vez que el empleador ha invertido dinero en entrenar al empleado, entonces tiene el temor fundado de que el empleado vaya a dejar el vínculo laboral y empezar su propio negocio compitiendo directamente con el empleador. En mérito a ese temor fundado, es que los empleadores

1262 En contratos de empleo, Leibman y Nathan (1987). discuten que la teoría de la consideración no tiene en cuenta el hecho de que el empleador puede despedir al empleado a voluntad, lo que hace que la promesa de abstenerse de despedir sea ilusoria (pp. 1465 y ss.).

1263 Tabb (1987) señala que es difícil distinguir entre la consideración necesaria para la formación de un contrato de empleo y la "consideración adicional", requerida para un contrato de empleo que no sea rescindible a voluntad. Esta distinción conduce a resultados inconsistentes e impredecibles (pp. 816-818).

1264 En contratos con cláusulas de "no competir', Leibman y Nathan (1987) mencionan que algunos estados requieren una nueva contraprestación además de la continuación del empleo para respaldar un pacto postcontractual de no competencia, mientras que otros no lo hacen. Esta inconsistencia parece ser la crítica principal (pp. 1465 y ss).

están motivados a que dichos empleados firmen tales contratos de no competir.

De otro lado, estos contratos de no competir deben basarse en una circunscripción determinada y por un determinado tiempo. Sería realmente insensato que un contrato de no-competir sea válido en circunstancias donde el empleado promete no competir con el empleador por toda su vida profesional y en ningún lugar del planeta. Ello equivaldría a esclavizar el futuro profesional de un empleado. De modo que la mayoría de legislaciones limitan estos contratos de "no-competir" a una jurisdicción determinada y a un tiempo limitado.

En el caso de un empleado que haya estado trabajando por más de un año antes de entrar a firmar el nuevo contrato de "no-competir" en el que se compromete a no competir con su empleador dentro de un área determinada y por un tiempo particular después de la culminación de la relación laboral, la Corte expresó que dicho contrato no es vinculante por adolecer de falta de consideración. *James C. Greene Co. v Kelley* (1964) 261 NC 166, 134 SE2d 166.[1265]

1265 En el caso de *Worth Chemical Corp. v Freeman* (1964) 261 NC 780, 136 SE2d 118, la Corte decidió que un contrato de "no-competir" firmado 15 días después del contrato inicial, no tiene consideración nueva y por lo tanto es inválido.
Bajo *Engineering Associates, Inc. v Pankow* (1966) 268 NC 137, 150 SE2d 56, la Corte desestimó la validez de un contrato de "no-competir" firmado tres años y medio después de haberse iniciado la relación laboral, en el marco de una situación donde el empleador no produjo ninguna circunstancia diferente que podría haber motivado al empleado a firmar el nuevo contrato de no-competir.
En el caso de *Mail-Well Envelope Co. v Saley* (1972, Or) 497 P2d 364, en cambio, la Corte asumió que un contrato de no-competir firmado tres meses después de haberse iniciado la relación laboral, era vinculante, porque el empleador prometió un incremento salarial al empleado a cambio de que el empleado prometa no competir con el empleado al final de la relación laboral. Ese incremento salarial calificó como una nueva consideración.
En el caso de W N O W, *Inc. v Barry* (1963, Pa) 77 York 174, la Corte expresó que un contrato firmado por un empleado siete días después del inicio de la relación laboral no era vinculante porque el empleado no obtuvo nada nuevo o diferente de lo que ya tenía antes.

En *Consolidated Home Furnishing Co. v Getson* (1951) 80 Pa D & C 488, un acuerdo de no competir firmado tres días antes de que el empleador firmara un acuerdo colectivo con el sindicato (por medio del cual se comprometía a brindar beneficios a todos los trabajadores), la Corte concluyó que los beneficios del nuevo contrato colectivo eran los mismos que los del anterior contrato colectivo, es decir, que los beneficios al empleado eran los mismos que los que el empleado tenía al momento de firmar el acuerdo de no-competir.

En *Schneller v Hayes* (1934) 176 Wash 115, 28 P2d 273, la Corte sostuvo que un contrato de no competir ejecutado tres semanas después de iniciar el vínculo laboral, no era vinculante toda vez que el empleador no ofreció nada nuevo al empleado.

En *Seaboard Industries, Inc. v Blair* (1971) 10 NC App 323, 178 SE2d 781, el caso fue un poco similar, pero con algunas diferencias que resaltar. En este caso el acuerdo de no competir fue firmado dos meses después de iniciado el vínculo laboral, pero la Corte resalto que dicha cláusula de no competir estaba relacionada con el acuerdo inicial porque no se había firmado en la fecha del inicio de la relación laboral solamente porque el empleador estaba esperando que los índices de las acciones subieran para que el empleado tuviera un beneficio mayor.

En *Ikon Office Solutions, Inc. v. Dale*, 170 F. Supp. 2d 892 (D. Minn. 2001), aff'd, 22 Fed. Appx. 647 (8th Cir. 2001), la Corte consideró que una cláusula de no competir no podía ser vinculante cuando –pese a que la cláusula especificaba que no debería competir en un área de 75 millas del centro laboral y por el espacio de un año- no hubo beneficio adicional o consideración.

En *Freeman v Duluth Clinic, Ltd.* (1983, Minn) 334 NW2d 626, el contrato de no competir firmado por un médico a favor de su empleador (una clínica) fue considerado inválido porque ese contrato era idéntico al contrato laboral inicial firmado dos años atrás, de modo que adolecía de consideración.

En *National Recruiters, Inc. v Cashman* (1982, Minn) 323 NW2d 736, un empleador no pudo demandar a cuatro ex –empleados y obligarles a respetar la cláusula de no competir, en circunstancias en las que el acuerdo de no competir no era anejo al contrato inicial y fue firmado sin tener ninguna consideración nueva.

En el caso de *Calhoun v. WHA Medical Clinic*, PLLC, 632 S.E.2d 563 (N.C. Ct. App. 2006), cuando una relación laboral es fija e iniciada, todo acuerdo de no competir posterior al nacimiento de la relación laboral tiene que estar sustentada por una nueva consideración. Lo mismo sucedió en *Precision Walls, Inc. v. Servie*, 568 S.E.2d 267 (N.C. Ct. App. 2002), *Forrest Paschal Machinery Co. v Milholen* (NC App) 220 SE2d 190, *Mastrom, Inc. V. Warren*, 18 NC App 199, 196 SE2d 528.

Sin embargo, en el caso de *Bouska v. Wright* (1980) 49 Or App 763, 621 P2d 69, una cláusula de no competir ejecutada tres días después de firmado el acuerdo inicial fue considerada válida porque era contemporánea a la firma del acuerdo inicial, en cuyo caso la consideración del acuerdo inicial se extendió a la cláusula de no competir. Bajo *Gagliardi Bros., Inc. v. Caputo* (1982, ED Pa) 538 F Supp 525, una cláusula de no competir firmada cuatro años de iniciada la relación laboral, fue declarada inválida por no contar con nueva consideración. Similarmente a *Burroughs Corp. v. Cimakasky* (DC Pa) 346 F Supp 1398.

En efecto, en otras Cortes, el caso de no reconocer como válida consideración "la continuación del empleo" va más allá en el sentido de ver un incremento en el salario, o un bono adicional. Estas cortes creen que la continuación del empleo es una consideración ilusoria por cuanto el empleador mantiene su poder de despedir al empleado en cualquier momento. *George W. Kistler, Inc. v. O'Brien* (Pa) 347 A2d

---

En M. S. *Jacobs & Associates, Inc. v Duffley*, 452 Pa 143, 303 A2d 921, § 7, en el caso de un contrato laboral ejecutado oralmente sin contener ninguna cláusula de no competir, y luego donde se ejecutó un contrato escrito, mucho tiempo después del contrato laboral inicial, que contenía una cláusula de no competir, la Corte declaró inválida dicha cláusula de no competir por carecer de consideración nueva. *George W. Kistler, Inc. v O'Brien* (Pa) 347 A2d 311.

En casos donde el acuerdo de no competir fue firmado uno o dos años después del acuerdo inicial, muchas Cortes encontraron que no había suficiente consideración para el nuevo acuerdo y por ende resultaba ser inválido. *Perthou v. Stewart* (1965, DC Or) 243 F Supp 655; *Kadis v. Britt* (1944) 224 NC 154, 29 SE2d 543, 152 ALR 405; *McCombs v. McClelland* (1960) 223 Or 475, 354 P2d 311; *Capital Bakers, Inc. v. Townsend* (1967) 426 Pa 188, 231 A2d 292; Cundiff v. Ertl (1939, Pa) 47 Dauph Co 440; *Consolidated Home Furnishing Co. v. Getson* (1951) 80 Pa D & C 488, supra § 3[a]; *National Starch & Chemical Corp. V. Snyder* (1964) 34 Pa D & C2d 533.

Asimismo, muchas Cortes siguen manteniendo que un acuerdo posterior al contrato primigenio, debe tener nueva consideración y no retrotraerse a la consideración del contrato inicial y extenderla como goma de mascar al nuevo acuerdo de no competir. *Nucor Corp. v. Bell*, 482 F. Supp. 2d 714 (D.S.C. 2007); *Glisson v. Global Sec. Services*, LLC, 287 Ga. App. 640, 653 S.E.2d 85 (2007); *Mid-Town Petroleum, Inc. v. Gowen* (1993, 1st Dist) 243 Ill App 3d 63, 183 Ill Dec 573, 611 NE2d 1221, § 7; *Insurance Agents, Inc. v. Abel* (1983, Iowa App) 338 NW2d 531.

Algunas cortes creen que el "continuación del empleo" puede constituir nueva consideración para el nuevo acuerdo. Por "continuación del empleo" se entiende la situación en la que el empleador renuncia a ejercer su derecho a despedir al empleado a cambio de que el empleado prometa no competir. Sin embargo, la continuación del empleo no es aceptada como consideración en muchas cortes, como, por ejemplo: *IKON Office Solutions, Inc. v. Belanger*, 59 F. Supp. 2d 125 (D. Mass. 1999); *Cox v. Dine-A-Mate*, Inc., 501 S.E.2d 353 (N.C. Ct. App. 1998); Morgan *Lumber Sales Co. v. Toth*, 41 Ohio Misc 17, 70 Ohio Ops 2d 33, 321 NE2d 907; *Gagliardi Bros., Inc. v. Caputo* (1982, ED Pa) 538 F Supp 525 (applying Pa law); *re Verdi*, 244 B.R. 314 (Bankr. E.D. Pa. 2000; Sysco Corp., *Sysco Food Services-Horseheads Div. v. Maines Paper & Food Service*, Inc., 254 A.D.2d 611, 679 N.Y.S.2d 175, 14 I.E.R. Cas. (BNA) 847 (3d Dep't 1998); *Maintenance Specialities, Inc. v. Gottus*, 455 Pa 327, 314 A2d 279; George W. Kistler, Inc. v O'Brien (Pa) 347 A2d 311, § 3[a].

311, § 3[a]; *Poole v. Incentives Unlimited, Inc.*, 338 S.C. 271, 525 S.E.2d 898, 15 I.E.R. Cas. (BNA) 1487 (Ct. App. 1999).[1266]

Bajo las leyes de Nueva York, dentro de la doctrina de que el empleado elige, el acuerdo de no competir es válido si existe la voluntad del empleador de continuar empleando a los empleados por un periodo substancial de tiempo. *Morris v. Schroder Capital Mgmt. Intern.*, 445 F.3d 525 (2d Cir. 2006). En Virginia, el empleo continuado brindado por el contratista fue asumido como consideración, *Phoenix Renovation Corp. v. Rodriguez*, 461 F. Supp. 2d 411 (E.D. Va. 2006).[1267]

1266 En otros casos, el caso de continuación del empleo es considerado como una consideración valida en casos donde el empleado iba a ser despedido en caso de que no firmara el acuerdo, o en casos donde el empleado permaneciera en el empleo por un período substancial de tiempo después de la firma del acuerdo. *Mattison v. Johnston* (1986, App) 152 Ariz 109, 730 P2d 286; *Curtis 1000 v. Suess* (1994, CA7 Ill) 24 F3d 941, 9 BNA IER Cas 942 (applying Illinois law); *Abel v. Fox* (1995, 4th Dist) 274 Ill App 3d 811, 211 Ill Dec 129, 654 NE2d 591; *Ackerman v Kimball Int'l* (1995, Ind) 652 NE2d 507, *Ackerman v. Kimball Int'l* (1994, Ind App) 634 NE2d 778; *Brignull v. Albert* (1995, Me) 666 A2d 82, 11 BNA IER Cas 319; *Robert Half Int'l, Inc. v. Van Steenis* (1991, ED Mich) 784 F Supp 1263, 1992-2 CCH Trade Cases 69948 (applying Mich law); *Camco, Inc. v. Baker*, 113 Nev. 512, 936 P.2d 829, 12 I.E.R. Cas. (BNA) 1525 (1997); *Zellner v. Stephen D. Conrad, M.D., P.C.* (1992, 2d Dept) 183 App Div 2d 250, 589 NYS2d 903, 8 BNA IER Cas 4; *Copeco, Inc. v. Caley* (1992, Stark Co) 91 Ohio App 3d 474, 632 NE2d 1299, motion gr 67 Ohio St 3d 1419, 616 NE2d 502 and app dismd 69 Ohio St 3d 79, 630 NE2d 662; *Currie v International Telecharge, Inc.* (1986, Tex App Dallas) 722 SW2d 471; *Credit Bureau Management Co. v. Huie* (1966, DC Ark) 254 F Supp 547; *Daughtry v. Capital Gas Co.* (1969) 285 Ala 89, 229 So 2d 480; *Roessler v. Burwell* (1934) 119 Conn 289, 176 A 126; *Tasty Box Lunch Co. v Kennedy* (1960, Fla App) 121 So 2d 52; *McQuown v. Lakeland Window Cleaning Co.* (1962, Fla App) 136 So 2d 370; *Breed v National Credit Asso.* (1955) 211 Ga 629, 88 SE2d 15; *Thomas v. Coastal Industrial Services, Inc.* (1959) 214 Ga 832, 108 SE2d 328; *Frierson v Sheppard Bldg. Supply Co.* (1963) 247 Miss 157, 154 So 2d 151; *Credit Rating Service, Inc. v. Charlesworth* (1939) 126 NJ Eq 360, 8 A2d 847; *Bettinger v. North Ft. Worth Ice Co.* (1925, Tex Civ App) 278 SW 466; *McAnally v. Person* (1933, Tex Civ App) 57 SW2d 945.

1267 Casos similares *Affiliated Paper Cos. v Hughes* (1987, ND Ala) 667 F Supp 1436; *Balasco v. Gulf Auto Holding, Inc.*, 707 So. 2d 858 (Fla. Dist. Ct. App. 2d Dist. 1998); *Systemax, Inc. v. Schoff*, 972 F. Supp. 439 (N.D. Ill. 1997); *Corroon & Black, Inc. v Magner* (1986, 1st Dist) 145 Ill App 3d 151, 98 Ill Dec 663, 494 NE2d 785; *Barnes Group, Inc. v O'Brien* (1984, ND Ind) 591 F Supp 454; *Leatherman v Management Advisors, Inc.* (1983, Ind) 448 NE2d 1048; *Iowa Glass Depot, Inc. v. Jindrich* (1983, Iowa) 338 NW2d 376; *Farm*

5.3. Modificaciones de los contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración

La práctica de requerir de consideración para modificar contratos de servicios no corrió la misma suerte en los contratos de venta de bienes donde la consideración no es necesaria para validar una modificación contractual. Por ejemplo, la sección 2-209 del Código Unificado de Comercio (Uniform Commercial Code, "U.C.C."), desde 1940, rescata este principio para los contratos de venta de bienes solamente. En efecto la sección 2-209(1) establece que:

Bureau Service Co. v. Kohls (Iowa) 203 NW2d 209; *Louisville Cycle & Supply Co. v Baach* (Ky) 535 SW2d 230; *Simko, Inc. v. Graymar Co.* (1983) 55 Md App 561, 464 A2d 1104, cert den 298 Md 243, 469 A2d 452 and cert den 298 Md 244, 469 A2d 452 and cert den 298 Md 244, 469 A2d 452; *Wrenthan Co. v. Cann* (1963, Mass) 189 NE2d 559; *Sherman v. Pfefferkorn* (1922) 241 Mass 468; *Lowry Computer Products, Inc. v. Head*, 984 F. Supp. 1111 (E.D. Mich. 1997) (applying Michigan law); *Easy_Returns Midwest, Inc. v. Schultz*, 964 S.W.2d 450, 13 I.E.R. Cas. (BNA) 1240 (Mo. Ct. App. E.D. 1998), transfer denied, (Mar. 11, 1998); *Reed, Roberts Associates, Inc. v. Bailenson* (Mo App) 537 SW2d 238.

En Minnessota el empleador debe demostrar haber brindado nuevos y reales beneficios al empleado, *Ikon Office Solutions, Inc. v. Dale*, 170 F. Supp. 2d 892 (D. Minn. 2001), aff'd, 22 Fed. Appx. 647 (8th Cir. 2001). O También existe consideración cuando un contratista es cambiado a empleado por un año, *Port-A-Pit, Inc. v Gerhart* (1992, BC MD Fla) 138 BR 624; *Weseley Software Development Corp. v. Burdette*, 977 F. Supp. 137 (D. Conn. 1997); *Criss v. Davis, Presser & LaFaye*, P.A., 494 So. 2d 525 (Fla. Dist. Ct. App. 1st Dist. 1986).

Hay otros casos donde el empleado o contratista se compromete no solo a no competir con el empleador, sino también a no revelar información que es propiedad del empleador por un período de tiempo, *Research & Trading Corp. v. Powell* (1983, Del Ch) 468 A2d 1301.

Algunas cortes encontraron que existía adecuada consideración cuando el empleado firmaba un acuerdo de no competir después de que la relación laboral inició, siempre y cuando el empleador haya prometido emplear al trabajador por tres años, en cuyo caso dicha continuación del trabajo constituyó adecuada consideración, *Scherer v Rockwell Int'l Corp.* (1991, ND Ill) 766 F Supp 593, 56 BNA FEP Cas 215, 6 BNA IER Cas 1162.

En otras instancias, una corte encontró que el acuerdo de no competir por parte de un empleador que volvió a contratar a un empleado que había sido despedido, era suficiente consideración, 4408, *Inc. v. Losure* (1978, Ind App) 373 NE2d 899.

> Un acuerdo modificando un contrato dentro de esta sección no requiere consideración para ser válida.[1268]

Esta sección representa un rechazo unánime y nacional a la regla de la obligación preexistente. Asimismo, los contratos de alquiler de bienes no requieren de consideración para modificarse, desde 1987. De la misma forma este rechazo legislativo se amplió a las ventas internacionales en 1988 mediante la Convención Internacional de Venta de Bienes.

Entonces si la consideración se prescindió para este tipo de contratos, la intención o la voluntad común y consensuada tomó el lugar de la consideración.

La génesis de esta tendencia en contra de la necesidad de la consideración para modificar los contratos sobre bienes comenzó con la jurisprudencia y algunas renovaciones legislativas.

El U.C.C. adoptó la teoría de sustituir la consideración como elemento esencial para la modificación de un contrato de venta de bienes, con tal que exista solamente buena fe. La filosofía y lógica detrás de esta postura se da en la necesidad de agilizar el comercio y deshacerse de tecnicalidades[1269] que entrampan las fuerzas

---

1268 UCC (Código Unificado de Comercio) sección 2-209(1)

1269 Por otro lado, Ashley expresa escepticismo sobre la utilidad de la doctrina de la consideración. El autor argumenta que es una tecnicidad innecesaria y que a menudo conduce a la injusticia. El autor incluso sugiere que la doctrina debería ser abolida. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review*, *Vol. 26*, No. 5, pp. 429-436). En el mismo sentido, Leibman menciona que la teoría de la consideración es demasiado estrecha y oculta otras consideraciones para imponer la responsabilidad contractual, como la equidad. Además, puede dañar la credibilidad judicial cuando los tribunales utilizan el principio del intercambio para ocultar la verdadera base de sus decisiones. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev.* 1465, pp. 1508-1510).

comerciales.[1270] La génesis doctrinal de esta reforma se funda en la casuística y algunas reformas estatutorias a la regla de la obligación pre-existente,[1271] como por ejemplo el Código Civil de California §§ 1524, 1541, 1697 (West 1954); Michigan Comp. Laws Ann. § 566.1 (West 1967); N.Y. General Obligation Law § 5-1103 (McKinney 1964); Código Anotado de Virginia § 11-12 (Michie 1950); Código Anotado de Georgia § 20-1204 (1960); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 14, § 155 (West 1955); North Carolina General Statutes § 1-540 (1953).

El UCC adoptó la visión encarnada en el caso *Rye v. Phillips*, 282 N.W. 459, 460, 203 Minn. 567 (Minn. 1938), donde la consideración es dejada del lado como un obstáculo técnico que no puede entrampar la fuerza negocial de la modificación consensual de los contratantes.[1272] Y es este "intento" suplantatorio de la consideración el que fue asumido anteriormente en otro caso de New Hampshire denominado *Frye v. Hubbell*, 68 A. 325, 74 N.H. 358 (N.H. 1907), donde la Corte sostuvo claramente que "no existe mejor guía para la determinación de los derechos de las partes" a la modificación que "la intención", o sea la voluntad consensual.

1270 U.C.C. § 2-209 cmt, 1. Ver U.C.C. § 2-209 (2), (3)

1271 Para Bowers, la teoría de la consideración, específicamente la rama de la "regla del deber preexistente", dificultaba la ejecución de modificaciones eficientes en los contratos. Además, la rama de la "promesa ilusoria" dificultaba la creación de contratos ejecutables con una asignación eficiente de incertidumbres de cantidad. (Bowers, J. (2005). Poke Your Nose into Your Clients' Businesses (If You Want to Understand Their Contracts). 57 *Me. L. Rev.* 39, pp. 44-46).

1272 Bane (1983) aborda la historia del Código Comercial Uniforme (Uniform Commercial Code). Comienza con la sugerencia de William A. Schnader en 1940 de crear un "gran código comercial uniforme" para modernizar y codificar la ley comercial. Luego, describe el proceso de redacción, que comenzó en serio en 1945 y se completó en 1951. También se discute el debate sobre si presentar el Código al Congreso o buscar su promulgación a nivel estatal.
Aunque el autor detalla la historia del Código Comercial Uniforme, no menciona específicamente la historia de la "consideración". Sin embargo, menciona que el Código se introdujo en 1953 en varios estados, que surgieron objeciones y que el Código fue revisado en 1957. También se habla sobre el establecimiento de la Junta Editorial Permanente en 1961 para mantener una revisión constante del Código (pp. 372-376).

Entonces las Cortes se convierten en policías de las modificaciones contractuales desde que ahora la consideración ya no es esencial.[1273] Esta liberalización de la regla de la obligación preexistente hizo que el Segundo Código (Restatement) reconociera curas excepcionales, sin necesidad de recurrir a la consideración, para casos de la confianza o credulidad ("reliance") o circunstancias no anticipadas. En este último caso, de circunstancias no anticipadas, la Sección 89(a) establece que las modificaciones deben ser "justas y equitativas" y en su comentario (b) requiere una razón objetivamente demostrable para buscar la modificación.

Los redactores del Segundo Código de los Contratos (de 1979) reconocieron otra excepción a la regla de la obligación preexistente en la Sección 89(a) para casos sobre circunstancias imprevistas. En el primer código no existió una sección equivalente a la del 89(a). Además, en el Segundo Código la regla de la obligación preexistente está dividida en dos secciones (sección 73 y 89) toma en cuenta muchos aspectos en sus subsecciones que resultó en una aplicación desigual.

La Sección 89 (a) del Segundo Restatement[1274] establece: "Una promesa que modifica un deber en virtud de un contrato no cumplido en su totalidad por cualquiera de las partes es vinculante: a. si la modificación es justa y equitativa en vista de circunstancias no previstas por las partes cuando se celebró el contrato."[1275]

1273 Siprut (2003) señala que la doctrina de la consideración no logra asegurar la deliberación, como se supone que debería. También argumenta que no es justo controlar las promesas gratuitas por prudencia, mientras que las promesas resultantes de un acuerdo no están sujetas al mismo escrutinio (pp. 1809 y ss.).

1274 Second Restatement of Contracts [SRC]. § sección 89(a). 1981. (EE.UU.)

1275 Según la Sección 89(a) del Segundo Resumen de Contratos, la modificación contractual no requiere nueva consideración en circunstancias imprevistas. Sin embargo, la mayoría de los casos han requerido consideración, con excepciones como *Watkins v. Carrig*, 91 N.H. 459, 21 A.2d 591, 593 (1941), donde se abordó la modificación sin

El texto de la Sección 2-209 no hace mención a la buena fe, aunque su comentario segundo establezca que haya buena fe como requerimiento para dar una "legítima razón comercial", y luego menciona que entre los comerciantes la observancia del trato justo en el comercio es necesaria, lo que "podría" requerir dar una razón objetivamente demostrable para buscar una modificación.

Entonces vemos un pequeño contraste. En la Sección 89 del Segundo Código (Restatement) de los Contratos, las circunstancias no anticipadas y la confianza ("reliance"), cumplen el mismo papel que cualquier razón comercial legítima del U.C.C. para modificar un contrato de venta de bienes. Es así que la Sección 89(a) del Segundo Código (Restatement) incluye una obligación positiva del demandante (en el ámbito judicial) de establecer que la modificación fue justa y equitativa. Sin embargo, en la Sección 2-209 del UCC, el problema de la buena fe no era aludido (aun cuando los hechos no sugieran un muy buen motivo para la modificación) a menos que alguna de las partes alegara mala fe en el contrato.

La Comisión de Leyes Estatales Uniformes redactó una revisión de la Sección 2-209(a) U.C.C. en 1998, en la nota uno, expresamente añadió dentro del estatuto propuesto que una modificación contractual debe ser hecha "en buena fe", con la finalidad de despejar comentarios de que la modificación del contrato no es más que la ejecución de un contrato bajo el requerimiento de la buena fe de la Sección 1-203.[1276]

---

consideración. Esto resalta la eficiencia del *Promissory estoppel* (PE) en comparación con la RINP, ya que el PE puede abordar cambios inesperados o promesas que alteran la posición de una parte, mientras que el RINP se enfoca en la ruptura de la obligación de negociar de buena fe, no en situaciones contractuales imprevistas.

1276 U.C.C. § 1-203 Cada contrato u obligación dentro de este Acto impone una obligación de Buena fe en su ejecución o desenvolvimiento. "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement."

En cambio, en la revisión de la Comisión del año 2000, aun cuando la Sección 2-209(a) siga manteniendo su lectura primigenia sin ninguna referencia a la buena fe, en el comentario dos, los redactores establecieron que una modificación tendría que ser hecha de buena fe, rechazando el argumento que la modificación cayera dentro de los trebejos del "desenvolvimiento o ejecución" de la Sección 1-203.

Esta condición de que los contratos de venta de bienes tengan que ser modificados con buena fe, no desdice para nada la filosofía entrañable que circula en su lógica fontanal, cual es que la intención de las partes sustituye toda necesidad de un tecnicismo desechable como la consideración. Es más, en muchas jurisdicciones, como por ejemplo en Nueva York, tanto los contratos de venta de bienes como los contratos de servicios pueden modificarse sin necesidad de consideración, siempre y cuando la modificación sea hecha por escrito. De esta forma, en Nueva York, el documento escrito asume el papel de la consideración, la misma que es prescindida en este tipo de contratos. Bien sabemos que, a nivel federal, los contratos de bienes de servicios siguen conservando la regla de la obligación preexistente, la misma que señala que los contratos de servicios no pueden ser modificados si no existe consideración nueva; sin embargo, esta regla de la obligación preexistente está dejándose de lado por algunas jurisdicciones como Nueva York, por ejemplo.

En los casos de contratos de construcción, cualquier modificación del mismo debe ser basado en una nueva consideración, es decir, basarse en otro intercambio y no en el original. Esto se debe, a que el *common law* trata de evitar los abusos de los contratistas frente a circunstancias imprevistas. Es que este principio está basado en el principio de que las promesas deben respetarse y cumplirse, y también está basado en el otro principio que establece que la voluntad en el contrato debe ser dad de manera libre y sin coerción.

Estos principios los encontramos en plena actuación en el caso *Lingenfelder v. Wainwright Brewery Co.*, 15 S.W. 844 (Mo. 1891), en el cual un arquitecto fue contratado para realizar los diseños de una construcción, y supervisas dicha construcción. En la mitad del trabajo el arquitecto amenazó con detener el proyecto y demandó pagos adicionales. La Corte rechazó tales demandas por carecer de nueva consideración. Lo que la Corte estaba pensando es que el objeto del contrato original todavía seguía vinculante, y que la demanda de más dinero carecía de lugar porque dicha demanda estaba basada en el objeto vinculante. Las demandas nuevas constituyen un *nudum pactum*, donde la Corte lo considera incorrecto.

De igual manera, en el *common law*, cuando un contratista se ha obligado a efectuar una obra bajo un presupuesto acordado, cualquier trabajo adicional será asumido por el contratista. Por ejemplo, en el caso de *Stees v. Leonard*, 20 Minn. 494 (1874), cuando un contratista prometió realizar una obra, cualquier gasto extra causado por condiciones no previstas, serán asumidas por el contratista. Con este criterio se pretende obligar al contratista a hacer presupuestos del trabajo más detallados.

Sin embargo, esta rigidez del principio de la obligación preexistente, fue corregida por las cortes. El problema es que en muchas oportunidades existen circunstancias imprevistas e insospechadas al momento de contratar. El hecho de respetar el contrato original y cargar sobre los hombres del contratista con cualquier circunstancia insospechada sin posibilidad de exigir un aumento de dinero, constituiría no solamente injusto sino también enriquecimiento ilícito por parte del promisor. En efecto, el Restatement 2do de los Contratos §89 (a)(1981) establece que un contrato no cumplido totalmente por ninguna de las partes puede ser modificado si es justa dicha modificación en vista de circunstancias

imprevistas no anticipadas por las partes cuando el contrato fue ejecutado.[1277]

Con esto queda entendido que el *common law* se adapta a las exigencias de la sociedad y del tiempo. Los principios no quedan congelados, sino que son modificados no solamente por las exigencias de la misma sociedad, sino también por mandatos que emanan de valores como la justicia y la equidad.

Con esta solución se evitan los abusos que podrían generarse si solamente la fría norma es aplicada (preexistente obligación). La Asociación Americana de Arquitectos, las Regulaciones de Adquisiciones Federales, y el Comité del Colegio de Ingenieros en para Contratos conjuntos, incluyó una cláusula en los contratos con entidades gubernamentales federales, donde dicha cláusula impone en el dueño de casa parte del peso en el caso de que el contratista encontrara situaciones inesperadas a la mitad de ejecución del contrato.

De la misma manera podemos observar este principio en plena acción en el caso *Servidone Construction Corp. v. United States*, 19 Cl. Ct. 346 (1990), aff'd, 931 F.2d 860 (Fed. Cir. 1991). En este caso el Gobierno de los EE.UU. contrató con la empresa constructora Servidone para edificar un reservorio. El precio pactado fue de $25 millones de dólares ($3 millones menos de lo que el gobierno tenía proyectado). En medio del trabajo, Servidone encontró que el suelo no era el que parecía ser, y la constructora tuvo que utilizar maquinarias que demandaron un gasto mucho más caro que el precio

1277 American Law Institute. (1981). Sección 89: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]. A promise modifying a duty under a contract not fully performed on either side is binding (a) if *the modification is fair and equitable* in view of circumstances not anticipated by the parties when the contract was made..."

que tuvo en mente al momento de contratar. El gobierno se negó a reformar el contrato o a añadir ningún dinero.

Servidone arguía que la condición del suelo era más húmeda que la indicada en el contrato y que en realidad el suelo era de Tipo I, cuya condición en realidad difería mucho de lo que pudo inferirse explícita o implícitamente en el contrato. Aún los expertos del gobierno aceptaron que la arcilla que encontraron en ese terreno era más dura que la encontrada en terrenos similares. Incluso la Corte se avocó en examinar cómo Servidone había llegado realizado la examinación del terreno antes de manifestar la oferta. La Corte concluyó que Servidone no actuó irrazonablemente en preparar su oferta, y concluyó que Servidone puede recobrar por las condiciones encontradas que no pudieron ser razonablemente anticipadas.

Por esta razón, la mayoría de los contratos llevan una cláusula que se llama "cláusula de condiciones de suelo diferentes," que lo que hace es estimular a que los contratistas ofrezcan ofertas bajas, y que los dueños paguen lo justo y lo acordado (Beh, 1997, pp. 130-132).

Con esta cláusula los dueños de casa ya no tendrán un beneficio adicional como producto de la aplicación del principio del *pre-existing duty rule* del *common law*, antes, al contrario, el riesgo de pérdida será asumido por el dueño de la propiedad, todo ello con el fin de evitar enriquecimiento injusto. Con este criterio, se estimula al dueño de la propiedad a descubrir al contratista cualquier defecto que está latente y que el dueño se la propiedad sabe, pero decide omitir. En este caso, ya tendrá menos motivación para omitir tal información, y, al contrario, proporcionará toda la información adecuada para que se realice la obra a un precio justo. Sin embargo, hay algunos problemas: 1) el dueño de la obra asume un costo mayor al inicialmente presupuestado, 2) los contratistas realmente éticos y que no disfrazan sus números, son rechazados, mientras que los

más deshonestos disfrazan sus cifras con la esperanza de sincerar las cifras posteriormente y hacer que el dueño de la propiedad asuma ese costo adicional (Beh, 1997, p. 144).

Pero los dueños de propiedades no están tan inclinados en conservar una buena relación profesional con los constructores (como sí lo están las constructoras con respecto a su relación con el gobierno federal), de modo que el principio del *common law* sigue funcionando para los dueños de propiedades (donde el contratista asume el riesgo y costo de una situación inesperada), pero el gobierno federal usa mejor el sistema de la cláusula (donde el contratista asume el riesgo de la situación inesperada), porque tiene más herramientas para controlar y monitorear el contrato (e incluso para litigar controversias).

5.4. ¿Podría la consideración convivir con el *detrimental reliance*?: Sección 75 vs. Sección 90 del Segundo Restatement

Según Gilmore (1974) la teoría de la consideración va de la mano con la teoría del contrato basado en la teoría liberal del libre mercado. Ambas teorías, la del mercado libre y la del contrato, son concebidas a partir de considerar al hombre como un sujeto independiente y libre capaz de tomar decisiones independientes (p. 7).

La figura de la consideración responde a las teorías del "intercambio", la "contraprestación" o del "negocio". En una economía de mercado, donde los bienes y los servicios son libremente intercambiados, el negocio, o la negociación de los bienes o servicios son transferidos libremente. Ese intercambio es la norma social que responde a la teoría de una economía de mercado. Ese intercambio comercial se produce en el marco de una economía libre de mercado. En contraparte, el intercambio de bienes y servicios en una economía controlada como en la ex-Unión Soviética, por ejemplo, el intercambio de bienes o servicios no se produce dentro de un marco

liberal, sino en un marco estatal donde el Estado prima y controla todos los intercambios.

Gilmore (1974) opina con respecto a los contratos:

> ¿De dónde vino esta curiosa –uno estaría tentado a decir monstruosa- maquinaria? Es justo decir que la teoría del contrato no vino como un resultado natural del desarrollo de los casos, de hecho, representó un quiebre con el pasado. Los inventores de la teoría no lo crearon totalmente de sus cabezas. De hecho, ellos hicieron un uso industrioso de pedazos de caos, viejos y nuevos, para crear tal teoría… la teoría fue desde sus orígenes, y durante toda su vida, una torre de marfil de abstracción. Su natural *habitat* fue las escuelas de derecho y no las cortes de derecho… el balance de ruedas de esta gran máquina fue la teoría de la consideración. (p. 19).

Sin embargo, la teoría de la consideración no cobró ningún significado sino hasta el siglo XIX (Kraus, 2008, pp. 159-160). Al final del siglo XVIII, Lord Mansfield propuso que, en el derecho inglés y el derecho civil, toda promesa seriamente hecha estaba sujeta a una teoría más amplia que podría llamarse causa invalidante o excusa del fraude, coacción, coerción y quizás cambio de circunstancias. Estas sugerencias fueron desestimadas a los 50 años de la muerte de Mansfield. Sin embargo, quedó el gusanito de la curiosidad perenne para dar vinculatoriedad a aquellas promesas donde el promitente experimentara un beneficio o el aceptante tuviera un detrimento,[1278]

1278 Según Farber y Matheson (1985) el concepto de "detrimento" y "consideración" están históricamente vinculados, y que el énfasis del derecho contractual contemporáneo en el "acuerdo" fue una innovación posterior (p. 914).

y sobre la base de este beneficio-detrimento[1279] se basó la teoría de la consideración que giró en base a la teoría contractual.[1280] Pero lo que une al beneficio y al detrimento es la misteriosa frase de la inducción convencional recíproca, entre consideración y promesa, entre promesa y detrimento. Y esta *inducción convencional recíproca* tiene reminiscencia en la teoría de la causa clásica de Domat y Pothier del *civil law*, que no es más que un *quid pro quo*.[1281]

La teoría del "negociación" o "bargain" fue amoldada por Holmes, como lo vimos anteriormente, quien define a la consideración como una acción o una promesa retornada que es "negociada" y sostiene que la acción o la promesa dada en retorno fueron "negociadas" si "fue perseguida por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de su promesa" (Kraus, 2008, pp. 159-160).

Para Gilmore (1974), tanto Holmes como Williston cometieron fraude al citar casos para dar soporte a sus teorías doctrinales que no tenían nada que ver con esos casos, y en algunos casos entraban en contradicción con dichas teorías. Es decir, Holmes y Williston trataron de objetivar bajo la teoría de la contraprestación (consideración) casos resueltos bajo la teoría subjetiva de los contratos (p. 45).

La teoría del intercambio de Holmes está incrustada en la sección 75 del Primer *Restatement* de los Contratos. El primer *Restatement* de

1279 Para Linzer (2000) la regla de beneficio-detrimento no siempre es clara ni consistente, y puede ser difícil determinar si una promesa y un beneficio o detrimento están lo suficientemente relacionados como para constituir consideración (pp. 1317 y ss.).

1280 Con respecto a esta dinámica, Verkerke (2012) explica que: "Cuando las partes sienten la necesidad de negociar, es normalmente porque cada una espera obtener un beneficio que la otra parte considera un perjuicio. Por lo tanto, la existencia de una negociación generalmente implica la existencia tanto de un beneficio para el promisor como de un detrimento para el promisario" (p. 80).

1281 En este aspecto, Arnold (1976) menciona que la doctrina de la consideración "nunca adquirió ni el estatus ni la claridad de la doctrina del quid pro quo" y que "no se desarrolló de manera muy elaborada en la ley medieval" (pp. 998-999).

los Contratos es la obra maestra de Corbin y Williston, quienes, pese a su diferencia de edad, temperamentos y planteamientos, lograron una amistad a lo largo de sus largas vidas; sin embargo, Holmes no participó en la redacción de este tratado. (Gilmore, 1974, p. 66).

La sección 75 de los contratos en el Primer Restatement[1282] define la consideración como (a) un acto (que no sea una promesa) o (b) una omisión o (c) la creación, modificación o destrucción de una relación legal, o (4) la promesa en retorno, que sea negociada y dada a cambio de la promesa.[1283]

En cambio, la sección 90 del Primer Restatement habla de otro tipo de consideración: del *detrimental reliance*.[1284] La sección 75 fue la creación de Williston (con clara influencia de Holmes); mientras que la sección 90 fue la creación de Corbin (inspirado en las opiniones de Cardozo) (Gilmore. 1974, p. 69).

Para Gilmore (1974), la teoría del *detrimental reliance* de la sección 90 es añeja a la teoría de la causa: "Corbin, quien había estado fuertemente influenciado por Cardozo, propuso a los redactores del Restatement lo que se podría llamar una definición Cardoziana de la consideración –amplia, vaga y, esencialmente, sin ningún sentido-, un equivalente en el *common law* de la causa…" (p. 69).

De modo que las figuras del "*promissory estoppel*" o "equitable *estoppel*" empezaron a proliferar a partir de las opiniones de Cardozo, y también a partir de la introducción de esta visión cardoziana de la consideración en la sección 90 de los Restatements.[1285] Así lo explica

1282 Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.)

1283 Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.)

1284 Crousillac (2016) indica que, aunque no responde directamente a esta pregunta, menciona que la teoría de la confianza perjudicial tiene una "extensa historia" en Louisiana y que fue codificada en 1984 (p. 941).

1285 Según Elgelskirchen (1997) la doctrina del *estoppel* promisorio surgió en respuesta a la insatisfacción con el modelo formalista del comportamiento humano y las

Gilmore (1974): "Y un atento estudio de los casos, llevará a cualquier estudioso a la conclusión sin esperanza, reforzada por el texto de la sección 90, que nadie tiene la menor idea de lo que la maldita cosa significó" (p. 71).

Es preciso aclarar que la teoría del "*promissory estoppel*" fue interpretada en un inicio para campear en situaciones no comerciales, mientras que posteriormente se expandió[1286] a situaciones "comerciales", como lo veremos posteriormente.[1287]

Al final de su análisis, Gilmore (1974) cree que la figura del *promissory estoppel* de la sección 90 ha terminado por tragarse a la figura de la consideración de la sección 75: "Claramente la ambigüedad no resuelta en la relación entre la sección 75 y la sección 90 en el Primer Restatement ha sido ahora resuelta en favor del *promissory estoppel* de la sección 90, el que se ha tragado a la teoría del intercambio de la sección 75... Hablando descriptivamente, podríamos decir que lo que está pasando es que el contrato está siendo reabsorbido dentro de la corriente de los 'torts'" (p. 79).[1288]

Entonces en un inicio, observamos nosotros, en esta etapa de reabsorción de los contratos a los *torts* (teoría de daños o

limitaciones de la doctrina de la consideración (pp. 490 y ss.).

1286 Farber y Mathison (1985) argumentan que la teoría de la consideración es inadecuada porque no toma en cuenta la importancia del beneficio económico para el promitente. Específicamente, discuten cómo los tribunales han expandido la noción de consideración para hacer cumplir promesas que no son negociadas, pero tampoco son gratuitas (pp. 921-924).

1287 Para Barnett (1996), la principal crítica a la teoría de la consideración es que no tiene en cuenta los muchos casos en los que el *estoppel* promisorio se utiliza para hacer cumplir una promesa incluso en ausencia de un intercambio negociado. Esta crítica sostiene que el *estoppel* promisorio no se trata principalmente de compensar la confianza perjudicial (detrimental reliance), sino más bien de identificar factores que justifican la ejecución (pp. 522-524).

1288 En este sentido, Barnett (1996) señala que menciona que la "revolución de la confianza" en el derecho contractual no continuó en la década de 1980 y que la "muerte del contrato" fue muy exagerada (p. 521).

responsabilidad extracontractual), el beneficio conferido se apega más a la teoría del contrato, mientras que el *detrimental reliance* se apega a la figura de los *torts*.

Es necesario anotar que la figura del reliance salva a un acuerdo carente de contraprestación o consideración. En el *civil law*, si un acuerdo es carente de causa, el acuerdo resulta inválido; sin embargo, en el *common law*, si el acuerdo es carente de consideración, el *reliance* suplanta esa carencia. (Philippe, 2005, p. 392).

5.5. El *detrimental reliance* como respuesta a las falencias de la consideración

Ante las falencias de la teoría de la consideración se levanta otra teoría que es la del *detrimental reliance*,[1289] que básicamente consiste en que, si una parte confía en una representación hecha por otra y realiza gastos movido por la confianza a dicha representación, es sujeto de indemnización reparatoria.

En efecto, Fuller (1941) da una oportunidad a que el *detrimental reliance* ingresa por la ventana de la casa para desalojar la consideración por la puerta de la misma.

En la visión de Fuller de considerar a la consideración desde sus tres básicas funciones. Y es que Fuller parte del análisis de que todas las formalidades legales tienen tres funciones: 1) función de evidencia: la formalidad es la evidencia de la existencia del contrato en caso de una controversia; 2) función de prevención, por cuanto actúa en contra de actos inconsiderados, y por eso la exigencia de formalidades como el sello, o la notarización; y finalmente e) la función de organización por el cual las partes desean ser obligadas en base a forma fácilmente reconocibles. Ninguna de estas tres

1289 Bellatine (1913) menciona que la "doctrina del quasi-*estoppel*" como una posible extensión de la doctrina de la consideración (p. 425).

funciones parece ser exclusivo dominio de la consideración (Fuller, 1941, p. 800).

Asimismo, la formalidad debe ser reservada para relativamente importantes transacciones. (Fuller, 1941, p. 805.) De la misma forma, Fuller (1941) considera que la base de la vinculatoriedad contractual en la esfera privada se basa en el principio de la autonomía privada. (p. 809). Y luego Fuller se pregunta dónde se detendría el principio de autonomía privada si éste es extendido más allá del intercambio. Para Fuller (1980), el principio de la autonomía privada no es la fuente de la vinculatoriedad sustantiva de los contratos sino una teoría de la vinculatoriedad. Esto, obviamente, es contrario al pensamiento de Fried (1980) quien cree que la autonomía de la voluntad es la fuente misma de la vinculatoriedad y fuerza contractual y no solamente una teoría.[1290] Para Fried (1980), la expectativa, y no el reliance, es la base de la obligación, restándole fuerza al *reliance* y dándole vigencia a la promesa (p. 1864).[1291]

Entonces, Fuller (1941), pretende escaparse un poco de la esfera de la autonomía de la voluntad, para buscar otra base sustantiva de la vinculatoriedad contractual, encontrándola en el "reliance". Este

---

1290 Por su parte, Atiyah (1981) argumenta que la teoría de la consideración, tal como la presenta Fried, no es tan coherente como la ley clásica. Específicamente, el autor cuestiona el uso que hace Fried de otros principios morales y legales para llenar los vacíos dejados por el principio de la promesa, lo cual, según el autor, socava la función excluyente de prometer (pp. 519-520). En el mismo sentido Barnett y Becker (1987) mencionan varios casos en los que el *estoppel* promisorio se utiliza para hacer cumplir una promesa cuando no hay consideración. Esto sugiere que la teoría de la consideración no siempre es suficiente para hacer cumplir una promesa y que el *estoppel* promisorio puede llenar esos vacíos (pp. 455-457).

1291 Atiyah (1981) piensa que Fried tiene dificultades con la doctrina de la consideración, considerándola incoherente. Sin embargo, reconoce que, en la jurisprudencia, la teoría del trato de la consideración no siempre se sostiene, y que los tribunales a veces reconocen el principio de la promesa. Para Atiyah (1981), Fried cree que los conflictos entre el principio de la promesa y la doctrina de la consideración eventualmente desaparecerán (pp. 511-512).

reliance, lo explica bien Fuller (1941), no debe entenderse como la medida del daño ocasionado a una parte a consecuencia del incumplimiento contractual de la otra parte, sino la base sustantiva de la vinculatoriedad contractual (p. 810).

En este sentido, ¿cuál sería la relación entre el "reliance" y el principio de la "autonomía privada"? Fuller (1941) lo ve desde tres puntos de vista:

1. Hay casos donde el *reliance* es en sí una fuente de vinculatoriedad contractual sin necesidad de recurrir al principio de la autonomía privada.
2. En otros casos, el "*reliance*" entra en conflicto con el principio de la autonomía privada.
3. Y hay un tercer grupo de casos, en los cuales el "*reliance*" no se presenta compitiendo o desligándose de la autonomía privada, sino al contrario, el "*reliance*" se presenta colaborando, suplementado y reforzando al principio de la autonomía privada (p. 811).

Es decir, para Fuller (1941), el "*reliance*" muchas veces se rebela contra la autonomía privada, otras veces la apoya, y muchas otras es independiente e indiferente a ella (p. 811).[1292]

Pero más allá de esta clasificación, Fuller (1941) encuentra un caso en el cual el "reliance" conflictúa con el principio del intercambio. Es el caso de un tío que promete $1,000 a su sobrino, y su sobrino incurre en transacciones en "reliance" o confiando recibir esos $1,000 que de otra manera no habría incurrido (p. 819).[1293]

1292 En este sentido, Barnett y Becker (1987) señalan que el *estoppel* promisorio se está convirtiendo en una "teoría independiente de recuperación" (p. 444).

1293 Leibman y Nathan (1987) argumentan que la consideración y el *promissory estoppel* están "separados" entre sí y que el *estoppel* promisorio es una de las dos "bases teóricas para hacer cumplir los convenios de no competencia después del empleo"

En este caso, la Sección 90 del Segundo *Restatement* de los Contratos,[1294] claramente especificaba que la promesa dada en un marco no negociado, o sea donde no haya un intercambio, no podrá ser vinculante. Sin embargo, algunas preguntas resultan a consecuencia del análisis de este caso: 1) ¿fue la promesa hecha solamente como una generosidad o un regalo, o surgió a consecuencia de un intercambio tácito?, 2) ¿se cumplieron algunas formalidades?, 3) ¿fue la promesa hecha expresa o implícitamente?, 4) después que la promesa fue hecha, ¿manifestó algo el aceptante al promitente con respecto a esta promesa?

Estos son algunas preguntas de situaciones en las cuales el contrato desaparece, pero la figura del *reliance* entra a tallar. Para Fuller (1941), el futuro del contrato no es promisorio, sino todo lo contrario, Fuller le augura un futuro no muy exitoso, y antes al contrario, cree encontrar futuro en el "reliance", pero en el *reliance* en el marco de situaciones donde no se ha producido un intercambio negociado. Esas situaciones del *reliance* en el marco de intercambios no negociados, o semi-negociados, representan para Fuller, la nueva base sustantiva de vinculatoriedad (p. 823).

Para rematar, Fuller (1941) cree que "los problemas que la doctrina de la consideración intenta solucionar no pueden ser abolidos. Hay poco cuestionamiento de que estos problemas no reciben una apropiada solución en el complejo de la doctrina legal ahora agrupada bajo la rúbrica de consideración... Lo que necesita abolición no es la doctrina de la consideración sino una concepción del método legal que asume que la doctrina puede ser entendida y aplicada sin referencia a los fines a los que sirve. Cuando definamos

---

que no se basan en los "requisitos de la teoría clásica del intercambio" (pp. 1479 y ss.).

1294 American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

la consideración en función de las políticas que la fundamentan el problema de adaptarla a nuevas condiciones se superará" (p. 824).

El caso-bandera del "*promissory estoppel*" lo encontramos en *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 3d 267, March 2, 1965,[1295] donde Hoffman confía en su detrimento comercial en las promesas que el manager *Red Owl Stores* le ofrecía a Hoffman cuando estaban en negociaciones para que Hoffman comprara una franquicia de esta cadena de tiendas. Este "reliance" obligó a que Hoffman no sólo cerrara su negocio sino también que se mudara a otra ciudad, ocasionando gastos y pérdidas que solamente fueron compensadas cuando la Corte se amparó en la Sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos, que dice que para evitar injusticias[1296] la parte afectada tiene derecho a un resarcimiento si "confió" en las promesas de la otra parte en detrimento propio.[1297]

Pryor (2005), piensa con respecto a las falencias de la teoría de la consideración:

> La ley estaría mejor si asumiría directamente problemas como el "*detrimental reliance*" (confianza o dependencia detrimental), o promesas ilusorias, mutualidad de la

1295 Aunque este caso no fue seguido por otras cortes y distinguido por otras: fue no seguido por *Owasso Development Co. V. Associated Wholesale Grocers, Inc.*, 873 P. 2d. 212, Kan. App; *Prenger v. Baumbhoer*, 939 S.W. 2d 23, Mo. App. W.D.; y distinguido por *Pertzsch Design, Inc. v. Gundersen Lutheran Health System, Inc.* 647 F.Supp.2d 1064, W.D.Wis., y por *Townsend v. Neenah Joint School Dist.*, N.W.2d, Wis.App.

1296 Bajo la perspectiva de Barnett y Becker (1987), el *estoppel* promisorio se utiliza para eludir algunos de los requisitos formales del derecho contractual, llenar vacíos donde el derecho contractual tradicional podría no ser capaz de hacer cumplir una promesa y evitar barreras para la responsabilidad contractual (pp. 446-496).

1297 De otra parte, este caso es el que –según Fried (1980)- Atiyah ignora en su obra referida a los contratos en el *common law* británico y lo acusa de tener una concepción localista, porque Atiyah ignoró la importancia de este caso para el *common law* americano, especialmente desde la perspectiva de la aplicación de la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos (p. 1980).

> obligación, o la regla de una consideración moral o pasada como no consideración, la necesidad de una consideración separada para una acción, y la regla de la obligación preexistente. En vez de resolver estas situaciones con esta herramienta obtusa de la consideración, la ley sería más sana si desarrollase reglas apropiadas para cada grupo de problemas. Sin embargo, la doctrina de la consideración podría ser considerada como un sustituto áspero de la pregunta fundamental de la jurisdicción: ¿a qué tipo de acuerdos al gobierno civil provee un remedio? Tal vez la consideración algún día será reformulada en una base principista que provea un escalpelo por el cual las cortes puedan determinar que promesas caen dentro de la esfera de la ejecución civil. El próximo análisis puede apuntar a la dirección de tal reformulación. (p. 41).[1298]

De esta manera, la presencia de un sello,[1299] la recitación de una consideración nominal,[1300] la expresión de la intención de estar legalmente obligado, o la creación de un acuerdo escrito firmado por ambas partes: promitente y aceptante. Tales situaciones cumplen las funciones evidenciaras, de advertencia y de organización.[1301]

1298 Ricks (1999) discute varias críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que el concepto de "mutualidad de obligación" ya no es necesario ni útil en la jurisprudencia contemporánea (pp. 548-550).

1299 Engelskirchen (1997) argumenta que la consideración es una formalidad, como un sello, que identifica una intención de estar obligado. Se describe como una "mera tecnicidad" y además una "paternalista" (pp. 490 y ss.).

1300 Baron (1989) menciona que "los tribunales han visto con cierto escepticismo la doctrina de la 'consideración nominal', en la que la consideración se utiliza como una forma" (pp. 179-180).

1301 Por su parte, la crítica a la teoría de la consideración a partir de la mirilla de Street puede muy bien ser aplicada también a la teoría de la causa: "Desde el principio puede notarse que los esfuerzos de los doctrinarios de formular una teoría de los contratos bilaterales a partir de líneas antiguas han sido infructíferos... La mutualidad de la promesa da validez a ambos. La Ley simplemente reconoce un

Pero en lo que respecta a la doctrina de obligación moral como suficiente consideración, ella data de 1782, en el caso de *Hawkes v. Saudners*, (1782, K.B.) 1 Cowp. 289, por unos cincuenta años, la suficiencia de la obligación moral para hacer cumplir un contrato fue reconocido en el *common law*. Bajo esta doctrina, los siguientes acuerdos tomaron el rango de contrato y se les hizo cumplir: 1) la promesa de una persona que haya culminado una bancarrota, de pagar a un acreedor cuya deuda haya sigo eliminada por la bancarrota; 2) la promesa de bajar una deuda nula por el período de prescripción; 3) la promesa de una persona adulta de pagar por una deuda incurrido en infancia que no tenía que ver con su sustento o alimentación; 4) la promesa de pagar intereses usurarios.

Sin embargo, esta doctrina de la obligación moral no fue asumida en los EE.UU.[1302]

---

contrato consensual, donde la única condición es la el requisito de la mutualidad." (Cfr. Lorenzen. 1919, p. 626). La noción de causa se encuentra definida en el Código Civil español, articulo § 1274: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor. Esta noción de causa, se confunde o con el objecto o con el motive. Esta noción se utilizó por muy buen tiempo en el significado de consideración. El requisito en el *common law* de que un acuerdo para ser ejecutable debía o estar bajo sello o basarse en una consideración valiosa, es asentado a fines del siglo dieciocho. (Lorenzen, 1919, p. 636).

1302 En 1817 se dio un caso ejemplar: *Bentley v. Morse*, 14 Johns. (N.Y.) 468 (1817). El caso consistía en que un deudor que ya había pagado la deuda, tuvo que pagar por segunda vez después que el acreedor obtuvo una sentencia en su contra. Cuando el deudor informó al acreedor de lo ocurrido, el acreedor prometió devolver el segundo pago si el deudor la enseñaba el recibo de pago. Las Cortes sostuvieron que la obligación moral de devolver el dinero, hecha en la promesa del acreedor, era suficiente para accionar.

Algún sector criticó esta decisión en Bentley, sosteniendo que la obligación moral (asumida como consideración), debía estar asociada a un reclamo anterior, lo cual no era sino el ámbito de la doctrina del reclamo implícito.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, el centro de atención estuvo en el beneficio anterior del promitente. Por ejemplo, en el caso de *Vermont Seymour v. Town of Marlboro*, 40 Vt. 171 (Vt. 1868), un residente descubrió una recompensa de $300.00 para enrolarse como voluntario en el Ejército. Una vez que estuvo enrolado, el residente

5.6. Hacia una nueva teoría contractual de cara a la responsabilidad precontractual

A modo de conclusión preliminar, y adelantando el análisis del auge del *Promissory estoppel* no solamente como sustituto[1303] de la consideración[1304] sino como herramienta independiente[1305] para resolver transacciones concomitantes con la inequidad e injusticia,[1306]

---

reclamó la recompensa y la ciudad votó que era justo entregarle la recompensa toda vez que el residente atendió al deber patriótico de servir en el ejército.
Pero el primer caso ampliamente sustentado en la obligación moral pese a las objeciones de la obligación pasada fue *Drake v. Bell*, 26 Misc. 237, 55 N.Y.S. 945 (1899), en el que un contratista reparó una casa vacante incorrecta, pero el dueño de esa casa incorrecta prometió pagarle al contratista por el beneficio conferido.
Drake v. Bell representó el primer avance en contra de la tendencia adversa a los principios de la obligación moral como sustituto de la consideración. El Juez Gaynor distinguió el caso de la Corte de Massachusetts de 1825 *Mills v. Wyman*, 20 Mass (3 Pick.) 207 (1825), estableciendo una línea limítrofe entre ambos casos, ya que en Drake v. Bell el demandado promitente recibió el beneficio de la propiedad, pero en *Mills v. Wyman* el demandado era el padre de un hijo enfermo que prometió pagar por el cuidado de su hijo.
Adicionalmente, el Juez Gaynor distinguió el caso *Eastwood v. Kenyon*, 11 Ad. & El. 438, 113 Eng. Rep. 482 (1840), que era el caso que revertió las ideas de la obligación moral de Mansfield en Inglaterra. En este caso (Eastwood), el Juez Denman criticó la doctrina de la obligación moral haciendo añicos a Mansfield; pero el Juez Gaynor fue crítico con Denman.

1303 Mills (1996) considera que el *estoppel* promisorio a veces se considera un "sustituto de la consideración" para hacer cumplir las promesas (p. 77). De la misma forma, Steinberg (1975). indica que el *estoppel* promisorio se ha utilizado como sustituto de la consideración, lo que implica que existen ciertos problemas con la teoría de la consideración que el *estoppel* promisorio puede resolver (pp. 114-216).

1304 Linzer (2000) cree que el *estoppel* promisorio es un "sustituto de la consideración" y puede utilizarse como una "excepción a sus requisitos habituales". Esto sugiere que el *estoppel* promisorio puede utilizarse en situaciones en las que la teoría de la consideración resulta insuficiente (p. 1326).

1305 En este sentido, Mills (1996) menciona que el *estoppel* promisorio a veces se usa como un "sustituto de la consideración" y que es una "teoría independiente" del derecho contractual (pp. 70-71).

1306 Davis (1993) menciona que la doctrina del PE surgió como una interpretación más flexible de la doctrina de la consideración y como una forma de ajustar la doctrina cuando ya no podía mantenerse en su forma clásica. Además, analiza cómo algunos académicos argumentan que el *estoppel* promisorio corrige las injusticias causadas por la teoría de la consideración y que permite la recuperación sobre la base de la confianza (pp. 790-792).

y al amparo del estudio de este presente capítulo, se hace necesario concluir que el sistema de responsabilidad contractual queda renovado y limitado.

A este respecto, Atiyah (1979) concluye:

> Puedo concluir sugiriendo que es claramente el momento oportuno para una nueva estructura teórica para el contrato, que lo sitúe de manera más sólida en asociación con el resto de la ley de obligaciones. La estructura conceptual actual de la ley, sugiero, sigue siendo esencialmente la del modelo clásico y, por las razones que he expuesto, ya no se ajusta al desarrollo de la ley ni a los sistemas de valores subyacentes a las ideas actuales. Esta nueva estructura debe, sugiero, descansar en los tres pilares básicos de la ley de obligaciones: la idea de recompensa por beneficio, la protección de la confianza razonable y la creación y extinción voluntaria de derechos y obligaciones.
>
> En el proceso de redibujar las categorías conceptuales de la ley, será inevitable descubrir que muchos de los problemas más importantes y difíciles en la ley surgen cuando hay conflictos entre estos tres conceptos básicos. ¿Deberían imponerse obligaciones cuando se otorgan beneficios sin consentimiento? ¿Debe protegerse la confianza cuando no hay beneficios mutuos? ¿Hasta qué punto, si es que se debe hacer, se deben crear o extinguir derechos basados únicamente en la intención o en la intención expresada, cuando no hay confianza ni beneficio alguno? Este nuevo enfoque también debe tener en cuenta los importantes problemas, hasta ahora descuidados, relacionados con las distinciones entre un consentimiento presente y futuro, un intercambio presente y futuro, y el papel probatorio y sustantivo de las promesas.

> Del mismo modo, el papel de las expectativas, su relación con las promesas y su importancia incluso cuando surgen sin promesas, deben ser reconsiderados. Además, en este nuevo enfoque se debe encontrar espacio para un análisis adecuado del grado en que y los métodos mediante los cuales la ley intenta garantizar la equidad en el intercambio. (pp. 778-779).

Las deficiencias en la doctrina de la consideración, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, motivan la búsqueda de nuevas soluciones que atiendan a las demandas históricas de la sociedad. Esta búsqueda no sólo implica cambios o ampliaciones en la doctrina de la consideración, sino también la creación de nuevas doctrinas que, manteniéndose dentro del marco contractual, aborden los problemas que la consideración no resuelve. En este contexto, el PE (*Promissory estoppel*) surge como una alternativa viable para remediar estas falencias, permitiendo la coexistencia y complementariedad[1307] con la doctrina de la consideración. El próximo capítulo se dedicará al estudio detallado del PE y su rol en el ámbito contractual.

6. CONCLUSIONES

1. La teoría de la consideración ha nacido como fruto de un error de interpretación de casos jurisprudenciales que no tuvieron en cuenta el dictado del orden público. Asimismo, la doctrina está de acuerdo en pensar que tal teoría tiene muchas falencias en cuanto a situaciones donde una parte

1307 Taylor (1998) aborda el debate sobre si el principio de confianza ha superado al principio de intención (que está relacionado con la teoría de la consideración). Algunos argumentan que el principio de confianza ha "conquistado el mundo" y que la teoría de la consideración ya no es relevante, mientras que otros sostienen que ambos principios pueden coexistir (p. 377 y ss.).

sufre un detrimento, pero la otra todavía no recibe un beneficio.

2. Como fruto de las falencias de la consideración, la doctrina ha creado una teoría nueva que es la del *promissory estoppel*, basada en la teoría de la confianza. Esta nueva teoría, que es la base de la responsabilidad precontractual, supera a la consideración, pero no la destroza.
3. Es decir, la consideración queda relegada para servir de fundamento al intercambio patrimonial quid pro quo (teoría del intercambio o contraprestación) pero donde la consideración sirve de base para que una parte pueda demandar un interés positivo, es decir, demandar un lucro cesante (*expectation damages*). Sin embargo, el PE también puede buscar el interés positivo y hasta el *specific performance* (ejecución forzosa).
4. Sin embargo, el papel que juega la consideración en el mundo moderno es cada vez más limitado a ser el sustento de los contratos sinalagmáticos, puesto que la consideración ha demostrado su falencia en el tema de las donaciones y en otras situaciones patrimoniales donde no existe beneficio para una parte, pero sí un perjuicio.
5. Con ello queda claro que la teoría de la consideración no es una teoría única, no es una verdad revelada con un origen único y absoluto, sino que es fruto de la interacción de muchos factores y que no existe un consenso sobre su origen exacto, y que su futuro está cada vez más relegado, dando paso al avance del *promissory estoppel*.
6. Debido a limitaciones en la doctrina de la consideración, tanto doctrinales como jurisprudenciales, se están explorando nuevas soluciones para abordar las necesidades contemporáneas de la sociedad. Esto implica modificar y

expandir la doctrina de la consideración, así como crear nuevas doctrinas que resuelvan problemas no cubiertos por la consideración, dentro del marco del derecho contractual. En este contexto, el *Promissory estoppel* (PE) surge como una solución alternativa, que funciona en conjunto con la doctrina de la consideración.

Capítulo V

EL *PROMISSORY ESTOPPEL* ("PE") COMO RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL *SUI GENERIS*

1. *Promissory estoppel*: breve introducción histórica. 1.1. Primera etapa: período clásico. 1.2. Segunda etapa: período moderno. 1.3. Tercera etapa: período posmoderno. 2. Hacia una definición del *promissory estoppel* (PE). 2.1. El *promissory estoppel*, el *detrimental reliance* y el justificable reliance. 2.2. La consideración y el *promissory estoppel* frente al primer y segundo Restatement de los contratos. 2.2.1. Primer (Restatement) de los contratos. 2.2.2. Segundo Restatement de los contratos. a). Forma v. sustancia: la sección 71 frente a la sección 90 del segundo Restatement de los contratos. 2.3. Elementos del *promissory estoppel*. 2.4. Clases de *promissory estoppel*. 2.4.1. En el marco familiar. 2.4.2. Sobre promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles. 2.4.3. Agencias y depósitos gratuitos. 2.4.4. Subscripciones caritativas y convenios matrimoniales. 2.5. Vertientes evolutivas del *promissory estoppel*. 2.5.1. *Promissory estoppel* como sustituto de la consideración. 2.5.2. Confianza en las ofertas (reliance). 2.5.3. *Promissory estoppel* bajo un acuerdo indefinido. 2.5.4. Promesas hechas durante negociaciones preliminares. 2.5.5. Acuerdos que renuncian a las consecuencias legales. 2.6. Flexibilidad del remedio legal. 3. El *promissory estoppel* del *common law* americano y el *estoppel* propietario del *common law* inglés. 3.1. Del equitable *estoppel* inglés al *promissory estoppel* americano. 3.2. El *estoppel* propietario inglés. 4. Carácter vinculante y fundamento jurídico del PE. 4.1. Base filosófica del PE y su fuerza vinculante. 4.2. Influencia del *promissory estoppel* en Australia. a). El caso Waltons como partida de nacimiento. b). Elementos del *promissory estoppel* en el *common law* australiano. c). Limitaciones de la doctrina del PE. 5. Distinción entre la PE y otras figuras. 5.1. La consideración y la causa. 5.2. *Parol Evidence Rule* "PER" (regla sobre evidencia verbal). 5.3. Estatuto de fraudes (*statute of frauds*). a). Historia.

b). Crítica al estatuto de fraudes. c). El estatuto de fraudes y el *promissory estoppel*. 5.4. Circunstancias imprevistas subsecuentes. 6. Diferentes posturas doctrinales con respecto al *promissory estoppel* y su eficacia. 6.1. El *promissory estoppel* y la teoría de Cardozo. 6.2. El caso del "*parol evidence rule*" v. *promissory estoppel*. 6.3. Crítica a la promesa vinculante (*promissory estoppel*). 7. La doctrina de los actos propios y el *promissory estoppel* (PE). 7.1. LA DAP y el PE. 7.2. Caso de la representación aparente y la DAP como escudo procesal. 7.3. *Estoppel by acquiescense*. 7.4- La DAP y el PE. 7.5. Limitaciones de la doctrina de los actos propios. 8. Aplicación del PE a casos comerciales. 9. Conclusiones.

1. *PROMISSORY ESTOPPEL*: BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Para entender cabalmente la figura del *Promissory estoppel* (PE) americano, es necesario entender su nacimiento, su evolución y su desenvolvimiento, así como también entender su relación con la teoría de la consideración y sus falencias,[1308] tanto desde el punto de vista doctrinal como legislativo,[1309] pasando por el derecho del *common law* inglés hasta adentrarnos en el *common law* americano.

En los siguientes párrafos procederemos a analizar la figura del *Promissory estoppel*, que nace a partir de las falencias de la teoría de consideración (visto en el capítulo precedente). Asimismo, en el anexo IV, vinculado a este capítulo, estudiaremos la relación del *common law* con los casos del *civil law* que pudieran tener alguna similitud, es decir, casos del *common law* resueltos desde la perspectiva del *Promissory estoppel* mirados a la luz de la CIC, en especial de la RINP.

1308 Específicamente, Gamage y Kedem (2006) argumentan que tanto los argumentos formales como los argumentos sustantivos a favor de la doctrina de la consideración no son convincentes, y que la doctrina es un medio deficiente para efectuar los deseos de las partes (pp. 1308-1311).

1309 Gamage y Kedem (2006) señalan que la doctrina de la consideración es "profundamente confusa" y "destinada a producir resultados conflictivos" debido a desacuerdos entre los tribunales (pp. 1320-1321).

Nuestro aserto inicial, que lo sintetiza Corbin premonitoriamente, es que el PE no tiene parangón con la CIC. En efecto, Corbin (1952), uno de los padres fundadores del PE[1310] cuando intuyó que en el civil law debería existir una figura alternativa basada en la promesa[1311] y el reliance y no en la mala fe:

> No se intenta en este tratado explicar el concepto romano y continental de "causa"; sin duda, es tan complejo y variable como la propia consideración [*consideration*]. Sin embargo, parece que "consideración pasada" encajaría fácilmente dentro del concepto de "causa", y que la acción basada en una confianza posterior no lo haría. Si al hablar de "causa" se refieren a la inducción de la promesa o a una razón suficiente para hacer cumplir la promesa, este autor no lo sabe. Es muy probable que incluya ambos aspectos, al igual que nuestros tribunales han hecho que la "consideración" abarque ambos. Es posible también que "causa" incluya tantas razones antecedentes para hacer una promesa que haría exigible cada promesa en la cual sería razonable confiar. Si ese fuera el caso, sería innecesario para los juristas romanos y continentales desarrollar una doctrina de acción basada en la confianza (p. 284).

1310 Gordley (1995) señala que el *estoppel* promisorio surgió como una alternativa a la consideración. Específicamente, discute cómo el *estoppel* promisorio permite la ejecución de una promesa sin consideración y cómo se ha utilizado para abordar problemas con la definición y aplicación de la consideración (pp. 547 y ss).

1311 Farnsworth (1987) sugiere que el principio de la confianza legítima es una alternativa a la teoría de la contraprestación. Específicamente, el documento discute cómo Williston y Corbin consideraron diferentes formas de acomodar la confianza en una promesa gratuita, con Williston sugiriendo finalmente la confianza legítima como una alternativa a la doctrina de la contraprestación (pp. 1456-1461).

En este sentido, vamos a estudiar la parte histórica y la evolución de la figura del *Promissory estoppel* que comprende tres etapas importantes, a saber:

1.1. Primera etapa: período clásico

Es la época de la trilogía formada por tres profesores de la Escuela de Harvard: Langdell, Holmes y Williston.

Por su parte, Christopher Columbus Langdell fue por diez años Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard y ya había publicado su tratado sobre contratos (1880), para el año 1889 ya había publicado la segunda edición. Por su parte Oliver Wendells Holmes, un veterano de la guerra civil, estaba preparándose para dar en 1881 sus conferencias sobre el Common Law. En 1930, Samuel Williston había producido un tratado enciclopédico del contrato en el *common law* (Knapp, 1998, p. 1193).

En la etapa clásica vemos que la doctrina estaba enfocada en resolver el problema del intercambio patrimonial (*bargain theory*).[1312] El problema que tuvo la formulación de la teoría del "bargain theory" o teoría del intercambio (que recita que el detrimento del promisario es dado en consideración del beneficio que el promitente recibe), es lo que deja afuera. En verdad, la teoría contractual del "bargain" (intercambio) se ha enfocado mucho en cómo el detrimento es la respuesta a un beneficio, pero deja de lado muchos casos en los cuales existe detrimento sin necesidad que medie un beneficio para el promitente, pero que dicho detrimento del promisario ha sido producido en confianza de la promesa dada por el promitente que genera un sustancial cambio de posiciones del promisario. En esta

1312 Gordon (1991) argumenta que la teoría de la consideración es problemática por varias razones, incluyendo que no puede explicar por qué las promesas mutuas son exigibles, crea problemas con las modificaciones contractuales y no reconoce el valor de los contratos de opción (p. 291).

época, la teoría de la consideración estaba imbuida del concepto del "bargain" ("negocio"), teoría que dejaba de lado el *reliance* o confianza del aceptante (promisario) que cambiaba de posición –en su propio desmedro o detrimento- confiado en la promesa del promitente.

El otro problema[1313] de la consideración, como lo vimos en el capítulo anterior, es que, a diferencia de la causa clásica,[1314] es solamente una concepción confeccionada para los contratos,[1315] definidos éstos como el intercambio patrimonial de bienes o servicios, dejando de lado las liberalidades o donaciones.[1316] En cambio, la causa, en su doctrina clásica, reúne la teoría de los contratos sinalagmáticos, contratos reales y liberalidades (sin embargo, la causa también adolece de problemas[1317] por cuanto los casos que se resuelven a partir de la causa de las donaciones tienen que recurrir a otras figuras extrañas al espíritu de liberalidad como las condiciones, entre otras figuras). Sin

1313 Para Gordley (1995) el "problema crónico" con la consideración es que "no hizo el trabajo que se esperaba de ella" (p. 560).

1314 Barnett (1986) menciona que algunos críticos argumentan que no existe una "doctrina" definible de causa (pp. 269 y ss.)

1315 Por su parte, Gordon (1991) discute varias críticas a la teoría de la consideración, incluyendo que es un anacronismo, difícil de definir y sujeto a muchas excepciones. Además, el documento argumenta que el requisito de un intercambio no es necesario para que una promesa sea exigible (pp. 283 y ss).

1316 Gamage y Kedem(2006) argumentan que la teoría de la consideración es incompatible con las normas sociales que rodean la entrega de regalos. Específicamente, sostienen que la forma de consideración convierte una transacción en una mercancía, lo cual va en contra de las normas sociales que prohíben cualquier discusión sobre la compensación entre los participantes en un intercambio de regalos (pp. 1323-1325).

1317 Dalton (1985) aborda algunas críticas al concepto de causa. Por ejemplo, algunos argumentan que el concepto de causa es demasiado incierto y que es difícil determinar lo que las partes pretendían. Otros sostienen que el concepto de causa no es necesario, siempre que el acuerdo no se base en una consideración ilícita o meramente venal (pp. 997-1114).

embargo, tanto la causa como la consideración han sido duramente criticadas[1318] como conceptos anticuados, inútiles y estériles.[1319]

1.2. Segunda etapa: período moderno

En 1929 el mercado americano colapsó[1320] y se dio paso al New Deal de Roosevelt, y a la Gran Depresión de los años 30's. El Primer Restatement de los Contratos nace en el año 1932. Los realistas como Roscoe Pound, Karl Llewellyn y otros, creían que los jueces tenían la responsabilidad de crear derecho como un instrumento de distribución social.[1321] Según Knapp (1998) la visión de Llewellyn eventualmente impulsó la formación del artículo 2 del *Uniform Commercial Code* (UCC), cuyo espíritu ilumina el Segundo Restatement de los Contratos en los años 70's, más específicamente en el año 1980. (Knapp, 1998, p. 1193).

Como lo veremos más adelante, la doctrina del *promissory estoppel* nace de la sección § 90 del Primer Restatement de los

---

1318 Pollock (1902) discute varias críticas a la concepción romanista de la causa. Argumenta que los juristas del *common law* no necesitaban recurrir a tales nociones, ya que el quid pro quo y el daño sufrido por el demandante en un caso de assumpsit eran suficientes para formar la noción de consideración. Además, el documento sostiene que la concepción romanista no habría encajado en las categorías legales inglesas, ya que era demasiado amplia o estrecha para los propósitos del jurista del *common law* (p. 174).

1319 Navarretta (2003) critica el concepto de "causa" en el derecho contractual, argumentando que ha perdido su eficacia para proteger a las partes en un contrato. Además, sostiene que el concepto se ha convertido más en un símbolo ideológico que en una herramienta práctica. Por último, señala que, a pesar de su mención frecuente en textos legales y jurisprudencia, la "causa" a menudo carece de impacto significativo en escenarios legales reales (pp. 5-6).

1320 Farber (1983) argumenta que "muchos académicos recientemente se han vuelto hacia la teoría económica" y que "la tendencia en este siglo [siglo XX] ha sido hacia una mayor intervención gubernamental en el mercado" (p. 306).

1321 En el mismo sentido, Goetz (1980) manifiesta que la confianza perjudicial (detrimental reliance) y la expectativa completa son equivalentes en mercados competitivos, y la plena ejecución es una aproximación más precisa de la verdadera confianza perjudicial causada por la promesa (p. 1416).

Contratos.[1322] Ahí es donde se presenta la estructura del *Promissory estoppel*, pero también, en cierto sentido, la ambigüedad y la lucha entre la sección 75 (que recoge el principio del "bargain" o "intercambio") y la sección §90 (que recoge el principio del *promissory estoppel*, no sustentado en el bargain o intercambio sino la confianza detrimental). Dicha dicotomía, que también la abordaremos más adelante en este capítulo, refleja el presagio premonitor de Gilmore (1974) que expresaba que uno de los dos va a terminar por devorarse al otro elemento: "Lo que queda claro después de leer ambas secciones, es que estas dos proposiciones contradictorias no pueden convivir cómodamente: al final, una terminará devorándose a la otra" (p. 68).

El debate entre formalismo y realismo legal generó inquietudes entre tratadistas como Karl Llewellyn, quienes abogaban por que el derecho se moldeara como un instrumento de justicia social a través de la conciencia de legisladores y jueces, en lugar de basarse únicamente en libros y silogismos.[1323] El artículo 2 del U.C.C. buscó corregir el formalismo excesivo en la teoría contractual de Williston al permitir la modificación de contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración, siempre que existiera un escrito que evidenciara dicha modificación. Además, en 1936, Lon Fuller y William Perdue destacaron el "reliance" como elemento central del *promissory estoppel* en la teoría de daños, especialmente en ausencia de consideración (UCC §2-209(1), §2-209(3)) (Knapp, 1998, pp. 1194-1198).

1322 Second Restatement of of Contracts [SRC], §90. 1981. (EE.UU.)

1323 En este sentido, Gordley (2000) argumenta que la teoría de la consideración es una herramienta demasiado tosca para lidiar con una variedad de situaciones, como promesas injustas o compromisos unilaterales. El autor cree que la doctrina debería ser desmantelada y reemplazada por reglas diferentes que sirvan mejor a diferentes propósitos (p. 1822).

Tercera etapa: período post-moderno

En esta etapa la valoración de los daños se base en el "reliance" (dependencia, confianza del aceptante), mientras que otros autores creyeron (como lo veremos a continuación) encontrar la base de los daños en la expectativa del promisario, no solamente para los contratos, sino también para el *promissory estoppel*.

Ahora bien, de cara a la aplicación del Segundo Restatement de los Contratos, los daños contractuales no solamente se limitaron a los daños detrimentales (daño emergente), sino a daños expectativos (lucro cesante), siempre y cuando no existan otras limitaciones contractuales como el fracaso de mitigar daños, o la imprevisibilidad de los daños consecuenciales. Es el caso de Farber y Matheson (1985), que exponen que los daños expectaticios (lucro cesante) en algunos casos son la norma de recuperación de los *promissory estoppel*, y no tanto el daño basado en la confianza detrimental (daño emergente). Por ejemplo, el caso de la ganancia perdida (p. 909).

Es necesario también aclarar que cuando se concibió la figura del PE, sus padres fundadores, entre ellos Corbin (1952) tuvieron en mente que el daño resarcible no solamente se limitara al interés negativo, es decir al daño emergente, sino que también pudiera incluir la ejecución forzosa (*specific performance*), así lo expresa Corbin (1952):

Así pues, el tribunal moderno puede decretar la ejecución específica, si ello parece el mejor remedio, condicionando su decreto a alguna actuación por parte del demandante o sobre las diversas indemnizaciones y reducciones que la equidad pueda requerir. Puede requerir al demandado para hacer restitución de la cosa específica recibida por él, o la restitución del valor en dinero de lo que ha recibido". Puede medir este valor monetario determinando la suma neta a sus recursos económicos -su "enriquecimiento

injusto", o determinando el equivalente de mercado de la mano de obra y los materiales recibidos por él -"quantum meruit". En lugar de la restitución en cualquiera de sus formas, el tribunal puede dictar sentencia por daños medidos por el valor del cumplimiento prometido, el remedio habitual por incumplimiento de contrato, o medido por el desembolso real incurrido por el demandante en cumplimiento pasado sin incluir ningún beneficio esperado que el pleno cumplimiento de la promesa del demandado lo hubiera traído. En su origen, la acción de *assumpsit* midió los daños por la extensión de la lesión sufrida por el demandante en base al compromiso del demandado, no por el valor de la prestación prometida por el demandado o el beneficio que el demandante esperaba obtener de esa actuación. El crecimiento de la ley y de la creación estatutaria de nuevos tribunales de jurisdicción general no han privado a los tribunales de estos poderes reparadores históricos. Con una viva conciencia del alcance de estos poderes, la corte moderna debería conceder sus diversos remedios con selección, cuidando de hacer que el remedio se adapte al caso individual ante él. (p. 205).

Exploraremos ahora cómo el *Promissory estoppel* (PE) surge debido a las limitaciones[1324] de la teoría de la consideración.[1325] El PE es esencialmente un concepto relacionado con la consideración, y, por lo tanto, es importante comprender ambos conceptos en conjunto. Para lograr esto, primero debemos comprender cómo se desarrolló

1324 Gamage y Kedem (2006) argumentan que la teoría de la consideración es defectuosa porque se basa en dos suposiciones: que todas las partes que desean respaldar sus promesas con una contraprestación nominal pueden hacerlo, y que el hecho de que las partes utilicen una forma legalmente vinculante significa que la desean. Los autores argumentan que estas suposiciones no siempre son verdaderas (pp. 1347-1349).

1325 Feinman y Feldman (1985) discuten "la evolución del *estoppel* promisorio" y "cambios más amplios en el derecho de los contratos". Esto sugiere que el *estoppel* promisorio pudo haber surgido como respuesta a algún problema o defecto en el derecho de los contratos, lo que podría incluir la teoría de la consideración (pp. 875-930).

la teoría de la consideración antes de adentrarnos en el tema central, que es el PE.

2. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL *PROMISSORY ESTOPPEL* (PE)

2.1. El *promissory estoppel,* el *detrimental reliance* y el *justifiable reliance*

Como se discutirá en este capítulo, especialmente en los debates sobre la redacción de la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos, Corbin desempeñó un papel fundamental en la inclusión de una cláusula que abordara todos los casos en los que una de las partes actuara en detrimento propio debido a su confianza en las promesas realizadas por la otra parte, lo que la llevaba a tomar medidas o no tomarlas, causándole un perjuicio.[1326]

En este contexto, Corbin abogaba por ampliar el concepto de consideración[1327] e incluir la "confianza justificada" (*justifiable reliance*) dentro de ese concepto, pero su posición no prevaleció (Ngugi, 2007, p. 441).

Por otro lado, la postura de Williston era separar el principio de "confianza justificada" (*justifiable reliance*) en una sección independiente, apartándola del concepto de consideración, y esta posición fue la que se adoptó finalmente (Ngugi, 2007, p. 442).

1326 En este sentido, Goetz (1980) sostiene que las explicaciones existentes sobre la ejecución legal de las promesas son incompletas y quizás engañosas, en parte porque no consideran los efectos de diversos niveles de ejecución legal en la realización de promesas (p. 1367).

1327 Por su parte Farnsworth (1987) discute el debate entre Williston y Corbin sobre el papel de la contraprestación en el derecho de los contratos. Williston parece sugerir que la doctrina de la contraprestación podría ser abandonada a favor del requisito histórico de la confianza, mientras que Corbin argumenta que la doctrina de la contraprestación debería ser modificada para acomodar la confianza que no ha sido negociada (pp. 1459-1461).

Según Ngugi (2007), Williston intentaba circunscribir y relegar el principio de "reliance" a una sección excepcional junto con sus casos independientes y excepcionales. Sin embargo, algunos juristas consideran que al menos Williston dio forma al principio de "reliance", desafiando a aquellos que no deseaban que esta doctrina apareciera en el Restatement (p. 442).[1328]

El caso cumbre lo tenemos en *Pickard v. Sears*, 112 E.R. 179,[1329] donde el vendedor transfiere una maquinaria al comprador por valor, el comprador compra la maquinaria de buena fe y por valor, sin embargo, el vendedor omitió al comprador el hecho de que la propiedad tenía una hipoteca, de modo que el vendedor estaba

---

1328 En cuanto a la nomenclatura, algunos autores propusieron denominar esta figura del "reliance" como "*equitable reliance*", el problema es que el "equitable reliance" se basa en una mala representación (una mentira), mientras que en el "*promissory estoppel*" no hay malas representaciones (o mentiras) y por lo tanto no existe alusión al deber de negociar de buena, a diferencia del RINP donde la buena fe es una obligación a nivel precontractual (Cfr. Ngugi, 2007, p. 442).
Los tres casos de *estoppel*, que se pueden distinguir según la doctrina, son los siguientes:

- **a. El "*estoppel*" de acuerdo a los récords**: este es el principio de *res judicata*, que viene del latín "*res judicata pro vertiate accipitur*" que significa que un asunto juzgado es tomado como verdadero. La filosofía que inspira esta figura jurídica es la necesidad de poner fin a las controversias.
- **b. El "*estoppel*" de acuerdo a los escritos**: este *estoppel* se basa en el principio del respeto a los "títulos sellados", o en inglés sería los "deeds" que tienen un "seal" (sello), por el mismo hecho que se presume de buena fe que lo mencionado en un título es verdadero. Digo, "se presume" porque si alguien quiere disputar la validez de un título tendría que demostrar en qué basa su argumentación de fraude, por ejemplo.
- **c.** "***Estoppel in Pais*"**: esta es la figura que más se acerca al *promissory estoppel*. A través de esta figura, lo que una parte argumenta y promete a otra al momento de efectuar una transacción es lo que prevalece, porque la parte aceptante actúa de acuerdo a lo manifestado por el promitente. De modo que, si el promitente cambia de discurso después de realizada la promesa, estaría obligado a resarcir de cualquier daño que el promitente adolezca en su actuación inducida por la promesa (Cfr. Ngugi, 2007, pp. 442 y ss.).

1329 *Pickard v Sears* (112 E.R. 179).

impedido de reclamar que el comprador pagara la hipoteca de la propiedad una vez que la transferencia se haya realizado.[1330]

En el caso *Hamersley v. De Biel*, (1845) 12 Cl & F,[1331] vemos cómo este principio actúa. El caso trata de que un padre (T) promete pagar 10,000 libras esterlinas a su muerte al novio de su hija a cambio de que éste se case con ella, como dote para su hija y sus futuros nietos. El esposo acciona contra la sucesión del padre una vez que éste muere, y la Corte admite tal acción. El razonamiento fue la promesa de T que induce al novio a actuar debe ser amparada en una Corte de equidad. (Ngugi, 2007, p. 453).

Este es un caso incipiente de PE porque el padre realiza una promesa a cambio de que el novio realice una acción, que es la de casarse con la hija del promitente. Se podría contra argumentar que el novio no da ninguna contraprestación por cuanto de todas maneras se iba a casar con la novia, con o sin dote del padre, pero era una posibilidad el casarse, siempre existe la probabilidad que el novio decida romper la relación. Y es justo allí donde la promesa del padre de la novia impulsa a erradicar esa probabilidad y animar al novio a contraer nupcias.

En el campo del RINP no vemos cómo una obligación de negociar de buena fe podría enmarcarse en las promesas entre el padre de la novia y el novio, o sea, cómo poder entender que la promesa del padre pueda versar como una negociación preliminar. En realidad no es una negociación preliminar entendida desde el punto de vista crematístico, a no ser que se entienda "negociación" como una conversación o un trato preliminar, pero en este caso se realizó un acuerdo, el problema es que dicho acuerdo no se enmarca en los parámetros clásicos de la consideración sino en los marcos de

1330 *Pickard v Sears* (112 E.R. 179).

1331 *Hamersley v. De Biel*, (1845) 12 Cl & F.

otro concepto no considerativo, a no ser que se amplíe el concepto de consideración laxamente para abarcar situaciones no pecuniarias como es la de contraer nupcias.[1332]

Otro caso importante de estudiar es el caso de *Jorden v. Money*, (1854) 5 H.L.C. 185,[1333] a través del cual Money debía 1,200 libras a Marnell, y Money le dio una nota promisoria a Marnell por las 1200 libras debidas. A la muerte de Marnell, la esposa Señora Jorden hereda la nota promisoria. Como Money quería casarse y no tenía medios suficientes, Money conversa con la Sra. Jorden y ésta le perdona la deuda, de modo que Money contrae nupcias. A los cinco años de casado, la Sra. Jorden demanda las 1200 libras a Money, y éste esgrime el *estoppel* como defensa; sin embargo, la corte decretó que en el *estoppel* solamente se pueden tomar en cuenta representaciones que tengan que ver con hechos, no con intenciones futuras o promesas, porque de lo contrario estaríamos en el terreno de los contratos.

Este caso define mejor el *estoppel* inglés referido a hechos pasado y no a promesas (a diferencia del *estoppel* promisorio americano que gira sobre promesas y no solamente hechos). El *estoppel* inglés es, en este sentido, una defensa, un escudo y no una espada, se refiere a hechos pasados y no a promesas futuras.

Otro caso interesante de análisis lo encontramos en *Low v. Bouverie*, CA 1891[1334] En este caso el demandante se presta dinero del fideicomisario de un trust quien omite revelar todas las deudas que el trust tenía, haciendo inseguro el préstamo que se hace el demandante. La demandante demanda al trust por los daños que ocasionó la mala

1332 Según Gordley (1995), el concepto de "consideración" no explica adecuadamente todas las transacciones que se supone que debe abarcar, como aquellas que no son acuerdos en un sentido normal (p. 560).

1333 *Jorden v. Money*, (1854) 5 H.L.C. 185.

1334 *Low v. Bouverie*, CA 1891.

comunicación del fideicomisario; sin embargo, la Corte deniega tal demanda porque el Juez sostuvo que el *estoppel* no es una figura a ser usada como espada sino como escudo, es decir, el *estoppel* no puede ser usado como una acción sino como una defensa, justamente una defensa probatoria contra la parte que quiere cambiar su discurso y pretender decir otra cosa que lo que dijo primigeniamente.

De modo que ambos casos formularon las bases del *estoppel*, por una parte, el caso *Jorden v. Money*, (1854) 5 H.L.C. 185, sostiene que el *estoppel* solamente se basa en hechos y no en intenciones o promesas futuras; y por otra parte el caso *Low v. Bouverie*, CA 1891, ejemplifica cómo el *estoppel* puede usarse solamente como escudo mas no como espada, es decir, puede usarse como una defensa probatoria, en el terreno de la evidencia, mas no como una acción particular.

En conclusión, el equitable *estoppel*[1335] se usa para fines evidenciarios[1336] y también como defensa afirmativa[1337] (como escudo); mientras que el *promissory estoppel* americano puede usarse como acción y defensa, es decir, como espada y escudo.

2.2. La consideración y el *promissory estoppel* frente al primer y segundo Restatement de los contratos

Durante la redacción del Primero Código de los Contratos en 1932, los conceptos de beneficio conferido y el *reliance* (confianza)

1335 Mills (1996) explica que el *estoppel* equitativo inglés es un principio legal que impide a alguien afirmar un derecho o defensa que sería contrario a su conducta previa (p. 51).

1336 En contraste, la consideración se usa con fines evidenciarios, así lo expone que algunos autores argumentan que es internamente inconsistente y debería ser abandonada, mientras que otros sostienen que cumple propósitos importantes como proporcionar evidencia de un contrato, desalentar comportamientos precipitados y canalizar a las personas hacia un marco legal. (Cfr. Markovits, 2004, p. 1480).

1337 DiMatteo (1998) explica que el *estoppel* equitativo inglés es un principio legal que impide a una persona afirmar un derecho o hecho que sea contrario a sus acciones o declaraciones anteriores (pp. 475-479).

estuvieron separados del concepto de consideración. Básicamente esta bifurcación se debió al modelo mercantil del intercambio negociado que embebió el concepto de los contratos.[1338] Sin embargo, a pesar de que la confianza detrimental o el beneficio conferido tuvieron su importancia, no alcanzaron el mismo nivel de relevancia que la consideración en el contexto contractual. En los contratos, la consideración se estableció como el elemento central que determina la vinculación contractual, ya que los contratos generalmente son vinculantes cuando involucran una consideración que refleja una negociación. Como resultado, el beneficio conferido y la confianza (reliance) se consideraron más bien como excepciones en este contexto.

Es que las teorías individualistas dentro de una economía de mercado con sus valores utilitarios, reputa como injusto un beneficio a una parte a costa del detrimento de otra. El énfasis primario radicó en la autonomía de la voluntad[1339] individual que nace de la filosofía del iluminismo.

En el siglo diecinueve, se produjo un debate entre el concepto de la consideración como resultado de un intercambio negociado y las teorías que intentaban dar importancia al beneficio conferido, al detrimento e incluso a la negociación, a menudo relegándolos al ámbito de la equidad.

1338 Para Farber (1983) la doctrina de la consideración impide la ejecución de promesas fuera del contexto de intercambio, lo cual es inconsistente con el modelo neoclásico (p. 319). El modelo neoclásico explica que La consideración puede ser cualquier cosa, incluso si no tiene valor económico. En el mismo sentido, Gamage y Kedem (2006) argumentan que la teoría se encuentra en un estado de confusión, discutiendo cómo la doctrina de la consideración carece de una justificación convincente y cómo los tribunales son inconsistentes en su aplicación de la regla (pp. 1315-1316).

1339 Fuller (1941) argumenta que el principio de autonomía privada es indispensable y omnipresente en el derecho de los contratos, y que la teoría de la voluntad es sólo una forma figurativa de expresar este principio (p. 806).

En efecto, la figura del "bargain" (negociación) contempla un intercambio de dos partes, en tanto que el detrimento puede ser negociado o no negociado mientras que el beneficio puede ser también negociado o no negociado. Y de estas tres figuras, la consideración es la única que ata a los contratos antes que produzcan obligaciones.

Haciendo un poco de historia, como lo vimos anteriormente, el viejo sistema de los "writs" (escritura) abarcaba las escrituras de deuda, los contratos bajo sello y la asunción de deuda (assumpsit). Luego, al final del siglo XVI, el concepto amplio abarcaba las figuras del beneficio, el detrimento y el mutuo consentimiento.[1340]

En el siglo XVI, el concepto de asunción ("assumpsit") estaba estrechamente relacionado con el intercambio negociado, y la consideración se convirtió en la razón por la cual una promesa podía ser objeto de acción legal. Esta figura de la consideración en el siglo XVI es el equivalente de la figura clásica de la "causa" de Domat[1341] y Pothier, al menos en lo que respecta a los contratos sinalagmáticos (do ut des, do ut facias, facias ut des, facias ut facias). (McCauliff, 2002, p. 850).

Sin embargo, en los siglos XVII y XVIII, la noción de negociación fue influenciada por conceptos de derecho natural y obligación moral.[1342] Lord Mansfield, Juez Principal de la Corte del Rey,

---

1340 Gorley (2000) menciona que existe un famoso y no concluyente debate sobre si los jueces ingleses tenían en mente la doctrina continental de la causa al requerir la consideración en una acción de assumpsit (p. 1849).

1341 Lorenzen (1919) sostiene que Planiol argumenta que Domat pervirtió el derecho romano al construir la teoría de causa, y que el derecho romano nunca exigió la existencia de una causa real y lícita para la creación de una obligación. Planiol también sostiene que la doctrina de causa es tanto "falsa" como "inútil". Otros escritores franceses coinciden, argumentando que la noción es abstracta y metafísica, creando confusión en lugar de servir a un propósito útil (pp. 633-635).

1342 Farber (1983) discute algunas excepciones a la doctrina de la contraprestación, como el Código Comercial Uniforme que permite la modificación de un contrato sin un

intentó incorporar teorías de equidad dentro del concepto de consideración, basándose en la honestidad y rectitud. En palabras de Mansfield,[1343] "cuando un hombre está obligado a pagar, ya sea legal o equitativamente, la ley implica una promesa, incluso si no se ha hecho ninguna explícitamente. Por lo tanto, una obligación legal o equitativa es una consideración suficiente para una promesa real. Cuando un hombre está bajo una obligación moral, en la que ninguna Corte de Derecho o Equidad puede obligar, y hace una promesa, la honestidad y la rectitud de la situación constituyen la consideración". (McCauliff, 2002, p. 85).

En una clara reacción a las ideas de Mansfield, las visiones del "intercambio" negociado volvieron a ganar popularidad en el siglo XIX. Mientras que Mansfield intentó eliminar la consideración para que los acuerdos fueran válidos, las teorías del intercambio requerían el concepto de consideración para respaldar los contratos.

Para el año 1840, la mayor parte de la teoría de Mansfield había sido reemplazada por la idea del intercambio negociado, especialmente debido a la creciente economía semi-industrializada. Sin embargo, surgió un desafío en cuanto a cómo abordar las obligaciones morales[1344] comunes en la ley, y los defensores del intercambio negociado tuvieron dificultades para encontrar una solución adecuada para este tipo de casos. (McCauliff, 2002, p. 85).

Hacia finales del siglo XIX, la conceptualización del contrato se centraba en la oferta y la aceptación, excluyendo otras formas de transacciones consensuales. Esta perspectiva estaba en línea con

---

cambio compensatorio en la obligación, o la ejecución de una promesa de cumplir una "obligación moral" sin contraprestación (p. 339).

1343 McCauliff, 2002, p. 851.

1344 Para Mills (1996) la doctrina del PE es "un intento de los tribunales por mantener los remedios al día con la conciencia moral aumentada sobre la honestidad y las representaciones justas en todas las transacciones comerciales" (p. 73).

una teoría socio-política arraigada en valores mercantilistas que diferían significativamente del antiguo sistema basado en escrituras. En consecuencia, el contrato se clasificaba principalmente como un intercambio negociado basado en la oferta y la aceptación. La teoría de la autonomía de la voluntad incorporaba conceptos como el consentimiento, la negociación y la libertad contractual.

Hacia finales del siglo XIX, la conceptualización del contrato se centraba en la oferta y la aceptación, excluyendo otras formas de transacciones consensuales. Esta perspectiva estaba en línea con una teoría socio-política arraigada en valores mercantilistas que diferían significativamente del antiguo sistema basado en escrituras. En consecuencia, el contrato se clasificaba principalmente como un intercambio negociado basado en la oferta y la aceptación. La teoría de la autonomía de la voluntad incorporaba conceptos como el consentimiento, la negociación y la libertad contractual.

En este contexto, la libertad contractual da lugar a la obligación contractual siempre y cuando los participantes en el contrato hayan intercambiado un valor u objeto. De esta manera, la consideración, basada en conceptos de detrimento y beneficio negociado en relación con la oferta y aceptación, es esencialmente el objeto mismo del contrato que se entrega con la condición de recibir otro objeto, lo que se asemeja a la clásica teoría de la causa en el contrato sinalagmático de Domat y Pothier.[1345] El beneficio del promitente que recibe un valor está ligado al detrimento del aceptante que puede dar un valor a cambio.

1345 Navarretta (2003) critica el concepto de "causa" en el derecho contractual por varias razones. Primero, lo ve como una fuente de incertidumbre y ambigüedad. Segundo, señala que puede ser sustituido por un concepto aún más enigmático, como el "contenido" de un contrato. Finalmente, discute el riesgo de pasar del "dogma" de la causa al "dogma" del "nudo pacto", lo que podría legitimar contratos sin causa, debilitando la claridad y la función protectora en el derecho contractual (p. 20).

Durante el Primer y Segundo Código de los Contratos (Restatements), se revivió la antigua noción de la consideración. Como resultado, la figura del *promissory estoppel* fue relegada de los contratos, pero adquirió una nueva relevancia junto con la consideración debido a las limitaciones que presentaba la consideración en el sistema legal. (McCauliff, 2002, p. 859).

2.2.1. Primer (Restatement) de los contratos

El Primer Restatement de los Contratos fue una labor del *American Law Institute* (ALI) –fundado en 1923[1346] en respuesta a la incertidumbre y complejidad del derecho americano- entre los años 1923 y 1944, y cuyo primer proyecto fue el *Primer Restatement de los Contratos*, que fuera aprobado en mayo de 1932.[1347]

Burton (1995) expone que la idea original del Primer Restatement se puede expresar como sigue:[1348]

> El volumen vasto y en constante aumento de las decisiones de los tribunales que establecen nuevas reglas o precedentes, y las numerosas instancias en las que las decisiones son irreconciliables, han resultado en una incertidumbre cada vez mayor en el derecho. El American

1346 El ALI (American Law Institute) es una organización privada, formada bajo el liderazgo de Elihu Root en 1923, con el objeto de "mejorar el derecho". Burton (1995) expone: "Su membresía incluye a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, los jueces superiores de los Tribunales de Apelaciones de los Estados Unidos, los jueces jefes de los tribunales más altos de los diversos estados, los presidentes de la Asociación de Abogados de Estados Unidos y las asociaciones de abogados estatales, el presidente de la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, decanos de las escuelas miembro de la Asociación de Escuelas de Derecho de América, y un gran número de otros jueces, profesionales del derecho y profesores de derecho elegidos en reconocimiento a su liderazgo y experiencia" (pp. 8-9).

1347 Primer Restatement of the Law of Contracts (ROC). 1932.

1348 Burton (1995) reproduce la Introducción al Primer Restatement de Contratos, viii-ix, xi-xii (p. 9).

> Law Institute se formó con la creencia de que, para aclarar y simplificar el derecho y hacerlo más certero, el primer paso debe ser la preparación de una restitución ordenada del derecho común, incluyendo en ese término no sólo el derecho desarrollado únicamente mediante decisiones judiciales, sino también el derecho que ha surgido a partir de la aplicación por los tribunales de estatutos generalmente y durante mucho tiempo adoptados.
>
> La función de los tribunales es decidir las controversias presentadas ante ellos. La función del Instituto es expresar de manera clara y precisa, a la luz de las decisiones, los principios y reglas del derecho común.
>
> Las secciones del Restatement expresan el resultado de un análisis cuidadoso del tema y un examen y discusión exhaustivos de los casos pertinentes, a menudo muy numerosos y a veces conflictivos. La precisión de las declaraciones de derecho se basa en la autoridad del Instituto. Se pueden considerar tanto como el producto de la opinión experta como como la expresión del derecho por parte de la profesión jurídica (p. 9).

El Primer Restatement de Contratos fue redactado principalmente por el profesor Samuel Williston de la Facultad de Derecho de Harvard, quien contó con el asesoramiento de Arthur L. Corbin de la Facultad de Derecho de Yale y otros destacados abogados y académicos. Este esfuerzo privado para aclarar el derecho tuvo un éxito notable (Burton, 1995, p. 9).

Perillo (2003, p. 253) relata que Samuel Williston fue el responsable de acuñar el término "*promissory estoppel*" en la edición de 1920 de su tratado donde estudió casos donde existían promesas sin consideración que eran vinculantes por las cortes, y donde

el común denominador de estos casos era que las partes habían confiado en su detrimento en las promesas.[1349]

En efecto, Williston (1938), se refirió expresamente con respecto a esta institución naciente del *promissory estoppel*:

> Si existe alguna representación de un hecho existente, es únicamente que el promisor, al momento de hacer la promesa, tiene la intención de cumplirla. En cuanto a dicha intención, por lo general no hay una representación errónea y, si la hay, no es la que ha perjudicado al beneficiario de la promesa. En otras palabras, él se basa en una promesa y no en una declaración errónea de un hecho; y el término "promissory" *estoppel* o algo equivalente debería utilizarse para marcar la distinción. (p. 199).

Pues bien, el Primer Restatement se convirtió rápidamente en una referencia estándar en los casos de contratos resueltos por los tribunales en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, y se convirtió en una herramienta fundamental para estudiantes y profesionales del derecho. Especialmente en jurisdicciones con poblaciones pequeñas y economías menos diversificadas, donde la jurisprudencia local podía ser limitada en muchas áreas del derecho, el Restatement fue especialmente exitoso. Además, se cree que contribuyó a una mayor uniformidad en el derecho de contratos en las diversas jurisdicciones de Estados Unidos. (Burton, 1995, p. 9).

Básicamente, el *promissory estoppel* nace como un sustituto o hasta un equivalente de los contratos en situaciones donde no existió consideración, pero donde hubo una promesa de una parte

1349 Fried (1980) discute cómo la doctrina del *estoppel* promisorio permite la compensación por pérdidas causadas por la confianza razonable en promesas, incluso cuando no existe un elemento de consideración o enriquecimiento injusto (pp. 1858 y ss.).

promitente y la confianza (reliance) de la parte promisoria que cambia de actitud en atención a tal promesa que no es negociada. Como veremos posteriormente en este capítulo, la evolución del *promissory estoppel* parte de este punto de inicio donde es un sustituto de la consideración y evoluciona con el tiempo para convertirse en una figura sui generis -que la doctrina no la llama extracontractual o quasi contractual- que desafía muchas veces el *Estatuto de Fraudes* (que dicta que ciertos contratos deben estar por escrito[1350]) o el *Parol Evidence Rule*[1351] (regla contra la validación de contratos orales[1352]) (Perillo, 2003, pp. 253-254).

Entonces, el Primer Restatement de los contratos introdujo la figura del *Promissory estoppel* en la sección 90 de la siguiente manera:[1353]

> Capítulo 4. Formación de Contratos—Consideración
>
> Tema 2. Contratos Sin Contraprestación:
>
> § 90 Promesa que induzca razonablemente a la acción u omisión

1350 Gamage (2006) indica que el Estatuto de Fraudes "requiere que las promesas sustanciales sean registradas por escrito" (p. 1309).

1351 Barnett y Becker (1987) describen la Regla de la Evidencia Parol como una norma que excluye pruebas de promesas o garantías previas o contemporáneas cuando el tribunal cree que, si se hubiera pretendido que tales garantías sobrevivieran después de que el contrato se plasmara por escrito, este habría incluido dichas garantías (pp. 443-497).

1352 Jerry (1998) explica que la Regla de la Evidencia Parol es un principio en el derecho contractual que generalmente impide la admisión de pruebas de términos inconsistentes o adicionales a un contrato escrito que parece completo en sí mismo. También describe esta regla como una que invalida los acuerdos orales hechos antes o al mismo tiempo que un acuerdo escrito. La Regla de la Evidencia Parol es una doctrina sustantiva que puede ser determinante en casos donde se disputa el alcance de las obligaciones contractuales, pero no prohíbe admitir pruebas con el propósito de determinar el significado (p. 40).

1353 Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. Sección § 90. 1932. (EE.UU.).

> (1) Una promesa que el promitente debe razonablemente confiar en inducir una acción u omisión de un carácter definida y sustancial en el aceptante o una tercera persona y que induce dicha acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo puede evitarse mediante la aplicación de la promesa. El remedio proporcionado por el incumplimiento de dicha promesa puede ser limitado en tanto la justicia lo demande.
>
> (2) Una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio es vinculante bajo la Subsección (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o inacción.

En el Primer Restatement de los Contratos, figuras como el "*reliance*" (confianza) o el beneficio del promitente, fueron separadas del tema de la consideración de los contratos, ya que la consideración giraba básicamente sobre el intercambio negociado (quid pro quo), el mismo que fue la figura central de la misma noción del contrato como fuente de obligaciones basado en un intercambio de bienes y servicios.

Corbin (1953), uno de los artífices de esta figura del reliance, explica que el término utilizado de "*promissory estoppel*" es mejor entendido como "acción en confianza", entendiendo a la omisión como parte de la acción, y constituyéndose un efecto de la promesa, y no al contrario:

> En el caso de la acción de confianza, la relación de los dos factores es todo lo contrario: la promesa viene primero e induce la subsiguiente acción de confianza; que la acción posterior es un efecto y no causa de la promesa (p. 283).

De modo que Corbin (1953) explica también que el término "*promissory estoppel*" era debatible por cuanto el término "*estoppel*" se

usa para referirse a situaciones de *misrepresentation* (tergiversación o falsedad):

> Uno de los primeros intentos de una doctrina de exigibilidad entre la causa de la acción en confianza era establecer una regla que una promesa podría volverse exigible en razón de "*estoppel* promisorio". El uso de esta frase avanzó un poco, porque satisfizo la necesidad de los tribunales de una justificación de su ejecución de ciertas promesas en ausencia de cualquier negociación o intercambio acordado. Sin embargo, la frase es objetable. La palabra el impedimento legal se usa tan amplia y libremente que casi desafía la definición; sin embargo, en general, se ha aplicado a casos de tergiversación o falsedad de hechos y no de promesas (p. 293).

Pero al margen de lo debatible del uso del término "*estoppel*" para adosarlo a la promesa, cuando en realidad estamos frente a la figura de una "acción en confianza", Corbin (1953) piensa que el *promissory estoppel* tiene sus raíces en la acción de *assumpsit* (ya revisado en el capítulo IV de esta obra) y lo explica de la siguiente forma:

> La acción de *assumpsit*, una variación de la acción de *traspasos* en el caso especial, fue la primera acción utilizada y destinada al cumplimiento de promesas informales. El incumplimiento de una promesa fue considerado como una especie de engaño; y el remedio fue daños compensatorios por el daño causado por la acción del prometido en confianza razonable. Este fue uno de los gérmenes de los cuales surgió la doctrina de la consideración; y desde ese día hasta hoy, los tribunales han estado familiarizados con la idea de la confianza en una promesa como razón para

> la ejecución. Ciertamente, no hay histórica inconsistencia en la regla enunciada por el American Law Institute en la sección 90. (p. 283).

Queda claro que para Corbin (1953), el nacimiento del *promissory estoppel* es concomitante con el de la consideración, y ésta se basa en la antigua acción de *assumpsit*, la cual también tenía por objetivo reparar el daño causado a través de remedios compensatorios. En realidad, podemos decir que el PE es un sustituto de la consideración[1354] cuyos elementos pasamos a revisar brevemente a partir de las explicaciones de uno de los padres de esta teoría, Corbin (1953):

> 1). Primero, se puede decir con seguridad que la acción o inacción debe equivaler a un cambio sustancial de posición... Al determinar si la acción de confianza es o no substancial, un tribunal debe enfrentar su responsabilidad con los ojos abiertos, sabiendo que aquí, al menos, no se puede llegar a la respuesta justa por cualquier lógica deductiva o por una jurisprudencia mecánica. Él siempre requerirá un juicio experimentado, un conocimiento de los modos y sentimientos de los hombres y de las costumbres sociales de los tiempos... La acción o indulgencia debe ser "definida" así como sustancial. (pp. 288-289).
>
> 2). En segundo lugar, se puede decir con igual seguridad que la acción o la inacción debe haber sido realmente prevista por el promitente, o debe ser de la clase de una persona razonable en su cargo lo habría previsto al hacer la promesa (p. 289).

1354 Fuller (1941) argumenta que el problema principal con la doctrina de la consideración es que a menudo se aplica sin hacer referencia a los objetivos subyacentes que se supone que debe cumplir (p. 824).

> 3). En tercer lugar, se debe haber hecho una promesa real y la promesa misma debe haber inducido la acción o la inacción en confianza en ello (p. 289).[1355]
>
> 4). Finalmente, el *Restatement* justifica el cumplimiento de la promesa sólo "si la injusticia puede evitarse mediante la aplicación de la promesa." Esto plantea la peligrosa pregunta: ¿Qué es la justicia, sin dar ninguna regla o estándar para su respuesta? Aquí, también, los tribunales están acostumbrados al peligro. Pero, si todos los demás requisitos de la regla establecida se cumplen, ¿no es justicia exigir siempre el cumplimiento de la promesa? Hasta donde nos informa el propio *Restatement*, la respuesta es Sí. El citado tiene el mérito, sin embargo, invocar a la Justicia y recordar al tribunal que esta regla en particular no puede ser aplicada por un proceso mecánico. De hecho, por su misma existencia, la cláusula es una sugerencia de que a veces la respuesta debería ser No. (p. 290).

Por otro lado, Yorio y Thel (1991) mencionan un aspecto anecdótico relacionado con la inclusión de la sección 90 en el Primer Restatement, es decir, la incorporación del *estoppel* promisorio en su forma original en la sección 90 del Primer Restatement de 1932, en la década de 1926. Durante los debates del Instituto Americano de Derecho, según relatan Yorio y Thel (1991), ocurrió una anécdota que se desarrolló de la siguiente manera:

> Durante los procedimientos de 1926 del *American Law Institute*, un miembro de la audiencia le preguntó al profesor

1355 Por su parte Goetz (1980) menciona la insatisfacción con las "reglas mecánicas del derecho común" y la aparición de "alternativas más flexibles" (p. 1401).

Samuel Williston, el reportero del Primer Restatement de los Contratos, sobre la siguiente hipótesis.

Un tío, consciente de que el sobrino estaba pensando en comprar un automóvil, promete darle $1000. El sobrino compra un auto por $600. Si el tío incumple su promesa y su sobrino demanda, ¿qué recupera el sobrino, $1000 o $600? Williston respondió que el tío sería responsable por $1,000, el monto de su promesa. Aunque la respuesta de Williston satisfizo al interrogador inmediato, Frederic Coudert, el famoso abogado de Nueva York, desafió la respuesta de Williston en un intercambio que desde entonces se ha convertido en uno de los pasajes más cotizados en la ley del contrato estadounidense:

SEÑOR. COUDERT: Permítame interferir una vez más, Sr. Reportero, haciendo esta pregunta. Por favor déjeme ver si lo entiendo correctamente. ¿Diría, Sr. Reportero, en su caso de Johnny y el tío, el tío prometiendo los $1000 y Johnny comprando el auto, digamos, él sale y compra el coche por $500, ese tío sería responsable de $1000 o sería responsable de $500?

SEÑOR. WILLISTON: Si Johnny hubiera hecho lo que se esperaba que hiciera hacer, o está actuando dentro de los límites de las expectativas de su tío, creo que el tío sería responsable de $1000; pero no de otra manera.

SEÑOR. COUDERT: En otras palabras, la justicia sustancial requeriría que ese tío debiera ser sancionado con la suma de $500.

SEÑOR. WILLISTON: ¿Por qué dice “sancionado”?.

SEÑOR. COUDERT: Debido a que se requeriría una justicia sustancial, me parece que Johnny obtiene su dinero para

> su coche, pero ¿debería conseguir su coche y $500 más? No lo veo.
>
> El desconcierto de Coudert fue compartido por otros miembros de la audiencia, que volvieron repetidamente al coche hipotético:
>
> HOMER ALBERS (Massachusetts): Todavía no estoy satisfecho de que Johnny podría tener el auto y $500, si comprara uno de segunda mano Buick por $500.
>
> JUEZ PAGE: Volviendo a Johnny, ¿Cómo podría haber una injusticia de Jhony si él no va a tomar los otros $500; como él podría hacer una injusticia, si él pagó solamente $500 por el carro?
>
> Ante este asalto, Williston se mantuvo firme:
>
> SEÑOR. WILLISTON: O la promesa es vinculante o no lo es. Si la promesa es vinculante, debe cumplirse en la medida que es hecha. (pp. 116-118).

Ahora bien, para entender cómo la teoría del PE se tipifica en la Sección 90, veamos cómo se produjeron los debates dentro del Instituto Americano de Derecho, que redactó dicha sección. Tales debates giran alrededor de la consideración como teoría dominante y el PE como figura alterna y excepcional.

En los debates para la redacción del Primer Sumario (Restatement) de los Contratos, tanto Corbin como los seguidores de Cardozo, perdieron ante Holmes y Williston; sin embargo, a la siguiente reunión Corbin regresa a la mesa de deliberaciones y dice:

> Caballeros, ustedes tienen el compromiso de escribir el *common law* de los contratos. Ustedes han adoptado una definición de consideración. Ahora yo someto a ustedes una lista de casos, cientos, ¿tal vez o miles?, en los cuales

> las cortes han impuesto una responsabilidad contractual bajo circunstancias en las que, de acuerdo a su definición, no habría consideración y por lo tanto responsabilidad. ¿Caballeros, que intentan hacer con todos estos casos? (Ngugi, 2007, p. 432).

La respuesta a la pregunta de Corbin, se cristaliza en la sección 88, luego reenumerada como sección 90 del Primer Restatement de los Contratos. Lo que hace Williston es incorporar la figura del "*estoppel*" dentro de la sección 90, sin llamarla específicamente "*estoppel*" pero llamándola por su contenido como "*justifiable reliance of the promisee*" (confianza justificable del aceptante). (Ngugi, 2007, p. 432 y ss).

Entonces las figuras como un reliance (confianza) no negociada o un beneficio conferido constituyeron la excepción a la norma, ya que dichas figuras no fueron consideradas como consideración, y la única razón por la cual podrían ser vinculantes era por la fuerza de la justicia. (Mc Cauliff, 2002, pp. 841-842).

Y es que la teoría de los contratos responde no solamente a una postura filosófica, sino a un esquema social y económico que funda una teoría sobre la que se ampara el contrato. De esta manera, la batalla de las distintas doctrinas del contrato no se ha basado solamente sobre la teoría de la oferta y aceptación (que es la médula ósea de la teoría de la consideración), sino también sobre la naturaleza y la esencia del contrato y lo que el contrato significa.

Por eso es que en el siglo XIX y XX nacen conceptos basados en la justicia y en la equidad, como el *reliance* o la confianza, y el beneficio conferido. Este *reliance* (confianza) consiste no solamente en un detrimento negociado sino también no negociado, y el

beneficio también se refleja no solamente un intercambio negociado sino también en uno no negociado. (Mc Cauliff, 2002, p. 844).

Estos conceptos de PE frente a la clásica figura de la consideración del negocio (que asume la contemplación de un intercambio entre dos partes, o la figura de la consideración que expresa la razón –a partir de la reproducción del concepto del negocio o intercambio- por la cual las partes se unen) es harto distinto del concepto de la PE donde interactúan la promesa, el beneficio y el detrimento de manera distinta, unidas por otro hilo conductor cual es el *detrimental reliance* (confianza detrimental).

En este enfoque, el contrato se concibe como un intercambio negociado basado en oferta y aceptación, y la consideración se limita a desempeñar el papel de ese intercambio, sin involucrar directamente el detrimento y el beneficio. Por otro lado, la figura del reliance o confianza se consideraba como una teoría separada del contrato y se mantenía dentro del ámbito del quasi-contrato. Fue entonces cuando la interacción entre el reliance o confianza y un detrimento o beneficio no negociado recibió el nombre de "*promissory estoppel*" (impedimento promisorio). (Mc Cauliff, pp. 844 y ss).

Según Gilmore (1974) la teoría de la consideración va de la mano con la teoría del contrato basado en la teoría liberal del libre mercado. Ambas teorías, la del mercado libre y la del contrato, son concebidas a partir de considerar al hombre como un sujeto independiente y libre capaz de tomar decisiones independientes (p. 7).

La figura de la consideración responde a las teorías del "intercambio", la "contraprestación" o del "negocio". En una economía de mercado, donde los bienes y los servicios son libremente intercambiados, el negocio, o la negociación de los bienes o servicios son transferidos libremente. Ese intercambio es la norma social que responde a la teoría de una economía de mercado. Ese intercambio

comercial se produce en el marco de una economía libre de mercado. En contraparte, el intercambio de bienes y servicios en una economía controlada como en la ex-Unión Soviética, por ejemplo, el intercambio de bienes o servicios no se produce dentro de un marco liberal, sino en un marco estatal donde el Estado prima y controla todos los intercambios.

Gilmore (1974) opina con respecto a los contratos:

> ¿De dónde vino esta curiosa –uno estaría tentado a decir monstruosa- maquinaria? Es justo decir que la teoría del contrato no vino como un resultado natural del desarrollo de los casos, de hecho, representó un quiebre con el pasado. Los inventores de la teoría no lo crearon totalmente de sus cabezas. De hecho, ellos hicieron un uso industrioso de pedazos de caos, viejos y nuevos, para crear tal teoría… la teoría fue desde sus orígenes, y durante toda su vida, una torre de marfil de abstracción. Su natural *habitat* fue las escuelas de derecho y no las cortes de derecho… el balance de ruedas de esta gran máquina fue la teoría de la consideración (p. 19).

Sin embargo, la teoría de la consideración no cobró ningún significado sino hasta el siglo XIX. Al final del siglo XVIII,[1356] Lord Mansfield propuso que, tanto en el derecho inglés como en el derecho civil, todas las promesas hechas de manera seria deberían estar sujetas a una teoría más amplia que podría llamarse "causa invalidante" o "excusa del fraude, coacción, coerción y quizás cambio de circunstancias". Estas sugerencias fueron desestimadas

1356 Barnett comenta que el Estatuto de Fraudes fue una respuesta necesaria al cambio en el mandamiento de *assumpsit* en el siglo XVII. (Barnett, R. (1996). The Death of Reliance. 46 *J. Legal Educ., Georgetown University Law Center*, p. 520).

aproximadamente 50 años después de la muerte de Mansfield. Sin embargo, persistió el interés constante en dar validez a las promesas en las cuales el promitente experimentara un beneficio o el aceptante sufriera un detrimento. Sobre la base de esta relación entre beneficio y detrimento, se desarrolló la teoría de la consideración que fue fundamental en la teoría contractual. La conexión entre el beneficio y el detrimento se encuentra en la enigmática frase de la "inducción convencional recíproca", que establece una relación entre la consideración y la promesa, y entre la promesa y el detrimento. Esta noción tiene similitudes con la teoría clásica de la causa de Domat y Pothier[1357] en el derecho civil, que se basa en el principio del "quid pro quo". (Kraus, 2008, pp. 159-160).

La teoría del "negociación" o "bargain" fue amoldada por Holmes, como lo vimos anteriormente, quien define a la consideración como una acción o una promesa retornada que es "negociada" y sostiene que la acción o la promesa dada en retorno fueron "negociadas" si "fue perseguida por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de su promesa." (Kraus, 2008, pp. 159-160).

Para Gilmore (1974), tanto Holmes como Williston cometieron fraude al citar casos para dar soporte a sus teorías doctrinales que no tenían nada que ver con esos casos, y en algunos casos entraban en contradicción con dichas teorías. Es decir, Holmes y Williston trataron de objetivar bajo la teoría de la contraprestación (consideración) casos resueltos bajo la teoría subjetiva de los contratos. (p. 45).

Por otra parte, la teoría del intercambio de Holmes está incrustada en la sección 75 del Primer *Restatement* de los Contratos.

1357 Pound (1922) critica la noción de causa, sugiriendo que se consideraba excesivamente complicada o restrictiva. Cita a Pothier, quien indica que las categorías contractuales del derecho romano eran "muy distantes de la simplicidad". Esta perspectiva implica una visión crítica de la causa, percibiéndola como alejada de un enfoque práctico y sencillo en la legislación contractual (p. 238).

El primer *Restatement* de los Contratos es la obra maestra de Corbin y Williston, quienes, pese a su diferencia de edad, temperamentos y planteamientos, lograron una amistad a lo largo de sus largas vidas; sin embargo, Holmes no participó en la redacción de este tratado. (Gilmore, 1974, p. 66).

La sección 75 de los contratos en el Primer Restatement[1358] define la consideración como (a) un acto (que no sea una promesa) o (b) una omisión o (c) la creación, modificación o destrucción de una relación legal, o (4) la promesa en retorno, que sea negociada y dada a cambio de la promesa.[1359]

Como vemos, la sección 90 del Primer Restatement habla de otro tipo de "consideración": del *detrimental reliance*. La sección 75 fue la creación de Williston (con clara influencia de Holmes); mientras que la sección 90 fue la creación de Corbin (inspirado en las opiniones de Cardozo) (Gilmore, 1974, p. 69).

Es preciso aclarar que la teoría del "*promissory estoppel*" fue interpretada en un inicio para campear en situaciones no comerciales, mientras que posteriormente se expandió a situaciones "comerciales", como lo veremos posteriormente.

Al final de su análisis, Gilmore (1974) cree que la figura del *promissory estoppel* de la sección 90 ha terminado por tragarse a la figura de la consideración de la sección 75:

> Claramente la ambigüedad no resuelta en la relación entre la sección 75 y la sección 90 en el Primer Restatement ha sido ahora resuelta en favor del *promissory estoppel* de la sección 90, el que se ha tragado a la teoría del intercambio de la sección 75... Hablando descriptivamente, podríamos

1358 Primer Restatement of the Law of Contracts (ROC). 1932.

1359 Primer Restatement of the Law of Contracts (ROC). 1932.

> decir que lo que está pasando es que el contrato está siendo reabsorbido dentro de la corriente de los 'torts' (p. 79).

Por su parte, en el *civil law*, si un acuerdo es carente de causa, el acuerdo resulta inválido; sin embargo, en el *common law*, si el acuerdo es carente de consideración, el *reliance* suple carencia. (Philippe. 2005, p. 392). De esta manera, el *promissory estoppel* se tiene una naturaleza contractual.

2.2.2. Segundo Restatement de los contratos: concepto de PE

El Segundo *Restatement* de los Contratos es una creación del *American Law Institute* ("ALI"), que fue fundado en 1923 para promover la claridad y simplificación de la ley y su mejor adaptación a las necesidades sociales, para asegurar una mejor administración de justicia. El Segundo *Restatement* de los contratos fue publicado en 1981 y tuvo un enorme impacto en la aplicación jurídica de los contratos.

Burton (1995) expone una vista panorámica sobre el Segundo Restatement:

> El Segundo Restatement de Contratos se inició en 1962 y se completó en 1979. Gran parte fue escrita por el profesor Robert Braucher de la Facultad de Derecho de Harvard, hasta que renunció al ser nombrado para el Tribunal Judicial Supremo de Massachusetts. El profesor E. Allan Farnsworth de la Facultad de Derecho de Columbia completó principalmente la tarea. La relación entre el Segundo y el Primer Restatement fue expresado por el Director del *American Law Institute* de la siguiente manera:
>
> "Los reporteros, sus asesores y el Instituto abordaron el texto del primer Restatement con el respeto y la delicadeza

> que corresponden a un clásico. A medida que avanzaba el trabajo, se descubrió relativamente poca necesidad de una revisión importante en el sentido de cambiar las posiciones adoptadas sobre temas importantes, aunque el Código Comercial Uniforme inspiró varias adiciones significativas. No se menosprecia a los volúmenes de 1932 al decir que las revisiones y adiciones presentadas aquí mejoran considerablemente su calidad. De hecho, esto se acerca mucho a una obra nueva". Introducción al Segundo Restatement de Contratos (1979).
>
> El Segundo Restatement de Contratos ha recibido un reconocimiento considerable pero no uniforme por parte de los tribunales. Por lo tanto, un tribunal puede seguir los precedentes del derecho consuetudinario en la jurisdicción pertinente o al Primer Restatement de Contratos respaldada por el precedente, o puede seguir las disposiciones del Segundo Restatement. En la práctica, por lo tanto, un abogado debe consultar el derecho de la jurisdicción sobre el tema legal específico. Las restituciones pueden ser utilizadas cuando no hay una ley clara sobre el punto o cuando hay motivos para creer que la ley podría cambiar por decisión de los tribunales. En este último aspecto, el Segundo Restatement de Contratos sirve como una declaración convencional de "la visión moderna" del derecho, incluso cuando difiere de la ley formal en los libros de una jurisdicción particular. Tiene un "peso persuasivo" considerable, pero no es formalmente parte de la ley que los jueces tienen el deber de defender. (pp. 9-10).

Entender que el *Promissory estoppel* nace a consecuencia de la decadencia y la ineficiencia de la teoría contractual de la

consideración es un primer paso. Los miles de casos que empujaron a la creación del *Promissory estoppel* cuajados en la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos encuentra pronto colisiones legislativas con otras figuras que pasamos a estudiar antes de entender el concepto de esta doctrina. (Ngugi, 2007, p. 428-429).

El texto de la Sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos de 1981, que dice:

Actualización Segunda de los Contratos § 90: Promesa que induzca razonablemente a la acción o la omisión:[1360]

1.- Una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero y que induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa. El remedio concedido por incumplimiento podrá ser limitado según lo exija la justicia.
2.- Una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio son vinculantes según la subsección (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o la inacción.

Como vemos, el común denominador de la concepción del *Promissory estoppel* del Primer *Restatement* de los Contratos de 1932 y el Segundo Restatement de los Contratos de 1981 es que en la primera edición se catalogaba la promesa como "definido y sustancial", cosa que no existe en el Segundo edición cuyo lenguaje es más laxo al catalogar o calificar la promesa que induce un cambio de posiciones del aceptante.

De esta forma, Perillo (2003) cree que existen cuatro elementos del antiguo numeral 90 del Primer Restatement que fueron dejados de

1360 Second Restatement of Contracts [SRC], 1981. (EE.UU.)

lado por el nuevo numeral 90 del Segundo Restatement de Contratos, a saber:

> 1) Ha eliminado las palabras "de carácter definido y sustancial" del texto de la sección. (2) Agregó una nueva oración que permite la flexibilidad del remedio; por ejemplo, no es necesario hacer cumplir una promesa en la que se confíe razonablemente mediante la concesión de daños basados en el interés esperado. Esta nueva disposición sobre la flexibilidad del recurso contribuyó a la omisión de las palabras "de carácter definido y sustancial". (3) También ha previsto la contingencia de la confianza de un tercero en una promesa. (4) Establece que una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio son vinculantes sin prueba de que la promesa indujo a la acción o la indulgencia. (p. 257).

De esta forma podemos definir el *Promissory estoppel* como la promesa hecha por el promitente al aceptante o promisario que confía en ella y realiza una acción u omisión en confianza en dicha promesa y que le resulta en un daño económico que debe ser resarcido, en interés de la justicia, independientemente si la parte promitente actuó de buena o mala fe.

Los elementos del PE serían entonces los siguientes:

1. Existencia de una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero (promesa y previsibilidad de la confianza).[1361]

1361 La previsibilidad en inglés es "forseeability".

2. La promesa efectivamente indujo a tal acción u omisión por parte del aceptante o promisario en confianza en tal promesa.
3. El promisario o aceptante experimentó un daño al actuar (o no actuar) de acuerdo a la promesa y confiando en ella (detrimento).
4. Dicho daño debe ser resarcible en interés de la justicia, lo que puede implicar el interés negativo (restitución de los perjuicios sufridos) o la ejecución forzosa (cumplimiento de la promesa original), o hasta en ciertos casos incluye el interés positivo.

Los casos revisados generalmente coinciden en los elementos que deben establecerse para probar un reclamo de *estoppel* promisorio. Por ejemplo, en *Wyatt v. Bellsouth, Inc.*, 757 So. 2d 403 (Ala. 2000), la Corte Suprema de Alabama describió los tres elementos del *estoppel* promisorio: una promesa, previsibilidad de la confianza y una confianza sustancial en detrimento del prometido. De manera similar, en *Newton Tractor Sales v. Kubota Tractor*, 233 Ill. 2d 46 (Ill. 2009), la Corte Suprema de Illinois describió cuatro elementos: una promesa inequívoca, confianza en la promesa, previsibilidad de la confianza y detrimento del prometido. Los casos difieren ligeramente en la forma en que articulan los elementos, pero la sustancia es en gran medida la misma.

La Sección 90 rápidamente fue utilizada para aplicarla a situaciones que iban más allá de las promesas gratuitas del siglo diecinueve. A partir de ello surgieron nuevos problemas con respecto a la promesa vinculante (*promissory estoppel*) en el sentido de que si ésta se utilizaría como sustituto de la consideración, o como un requerimiento alternativo a la consideración, o en vez de los requerimientos contractuales como la oferta y la aceptación, o si se debiera aplicar a promesas comerciales.

Aunque la sección 90 no limitó expresamente el alcance de la norma a promesas no comerciales, algunos cuestionaron la propiedad de extender una doctrina diseñada para evitar los problemas de la confianza o dependencia en casos de promesas gratuitas imposibles de ejecutar bajo sello, o promesas mercantiles sin consideración. *Pillans v. Van Mierop*, 3 Burr. 1668, 1669, 97 Eng. Rep. 1035, 1038 (K.B. 1765).

Por lo tanto, hay tres casos que ilustran la evolución de la Sección 90. Todos estos casos involucran a un subcontratista que proporciona una estimación al contratista general. El contratista general confía en esta estimación al calcular su propio presupuesto, que luego presenta a su cliente para la construcción de un proyecto gubernamental.[1362]

1362 Las ilustraciones que trae el Segundo Restatement de los Contratos son interesantes de analizar. La primera ilustración está inspirada en la ilustración 3 al anterior artículo 90 del anterior Restatement, y es basado en los casos *Devecmon v. Shaw*, 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888); *Hamer contra Sidway*, 124 N.Y.538, 27 N.E. 256 (1891).
Ahora bien, pasando al comentario (b) del artículo 90 del Segundo Restatement, los redactores enfatizan en la razonabilidad de ese reliance o confianza de la parte perjudicada que actuó en base a la promesa. Tenemos tres ilustraciones con respecto a este comentario.
La segunda ilustración, donde el banco A promete a B no ejecutar la hipoteca de B que A tiene sobre el terreno de B, o sea lo que se llama un "forbearance", un perdón por cierto espacio de tiempo. En base a esta promesa, B hace construcciones y mejoras en el terreno. La promesa de A es vinculante ante la decisión de A de ejecutar la hipoteca antes de vencido el plazo de ese perdón (forbearance). Esta ilustración está basada en el caso *McLearn v. Hill*, 276 Mass. 519, 177 N.E. 617 (1931).
La cuarta ilustración, es el caso de A que estuvo empleado para B por 40 años, en el que B promete pagar a A una pensión de $200al mes cuando se retire A. Entonces, confiado en esta promesa, A se retira y rehúsa trabajar para otras compañías por algunos años mientras B paga la pensión. La promesa de B es vinculante. Esta ilustración está basada en los casos *Feinberg v. Pfeiffer Co.*, 322 S.W.2d 163 (Mo.Ct. App.1959); cf. *Ricketts v. Scothorn*, 57 Neb. 51, 77 N.W. 365 (1898); y en la ilustración 2 al antiguo artículo 90 del Primer Restatement, caso de *Contrast Division of Labor Law Enforcement v. Transpacific Trans.* Co., 69 Cal.App.3d 268, 137 Cal.Rptr. 855 (1977).
La ilustración 10 se refiere al caso de un dueño de una pastelería que entra en negociaciones con el dueño de una franquicia de supermercados B prometiéndole a A darle la franquicia del supermercado si es que A le daba a B $18,000, cerraba

En el primer caso, *James Baird Co. v. Gimbel Bros.*, 64 F.2d 344 (2d Cir. 1933), se admitió que la promesa vinculante se había generalizado en la sección 90, sin embargo preservó la libertad del ofertante de negociar. En este caso, el Juez Learned Hand sugirió que la sección 90 no podía ser aplicada en el contexto contractual comercial, mas solamente en las áreas marginales de donación, subscripción caritativa y regalo. Su punto era que la teoría de la consideración planteaba que ofertas que no tenían consideración no eran promesas vinculantes, a menos que exista algo en retorno (cual es la concepción clásica de la consideración). De modo que no sería razonable a un contratante en confiar en una promesa si no tiene consideración.[1363] En tal caso, las condiciones requeridas por la sección 90 (confianza razonable –*reasonable reliance*-en una promesa sin consideración) nunca estarían justificadas. La consideración en este sentido absorbería al "reliance".

En el segundo caso diez años después (*JaNorthwestern Eng'g Co. v. Ellerman*, 10 N.W.2d 879, 884, 69 S.D. 397, 408 (1943), la Corte Suprema de Dakota del Sur expresamente rechazó la posición de Hand de que la teoría de la promesa vinculante no se debería aplicar a ofertas comerciales. *Northwestern Eng'g Co. v. Ellerman*, 10 N.W.2d 879, 884, 69 S.D. 397, 408 (1943); *Robert Gordon, Inc. v. Ingersoll-Rand* Co., 117 F.2d 654, 661 (7th Cir. 1941).

El tercer caso, *Drennan v. Star Paving Co.*, 333 P.2d 757, 51 Cal. 2d 409 (1958), se basó en los daños económicos como producto

---

su pastelería, se movía a otra ciudad para abrir el negocio de supermercado bajo la franquicia de B. Pues bien, A hizo todo eso, a pérdida y al momento de cristalizar el trato B le exige que aumente el monto de $18,000 y los acuerdos se truncan. Esta ilustración está basada en *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965); *Janke Constr. Co. v. Vulcan Maters.* Co., 386 F.Supp. 687 (W.D.Wis.1974), aff'd, 527 F.2d 772 (7th Cir.1976).

1363 Por su parte, Feinman y Feldman (1985) manifiestan que las promesas sin consideración pueden ser ejecutadas para proteger una confianza razonable (pp. 905-906).

de la diferencia entre los estimados del subcontratista para hacer el trabajo, y el precio pagado a otro subcontratista. La opinión del Juev Traynor en 1958, nos dice Teeven (2005) en este caso, marca el inicio de una creciente aceptación de la teoría de que la confianza no negociada podía vincular a los promitentes comerciales (p. 1151).

De esta forma, en 1981, los comentarios a la sección 90 del Segundo Restatement, reconocieron la extensión de la doctrina a promesas comerciales. *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc*., 13 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (1965); *Haute Brewing Co. v. Dugan*,_102 F.2d 425 (8th Cir. 1939), *Goodman v. Dicker*, 169 F.2d 684 (D.C. Cir. 1948).

Asimismo, aquellos casos de franquicia comercial, cancelables a voluntad, hubo protección cuando el inversionista confió en las promesas y esperó un plazo más largo para recuperar su inversión. *Clausen & Sons, Inc. v. Theo. Hamm Brewing Co*., 395 F.2d 388 (8th Cir. 1968); *Hardin v. Eska Co*., 127 N.W.2d 595, 256 Iowa 371 (Iowa 1964).

Ambos jueces Hand y Traynor aún se refieren a las teorías de la oferta y la demanda, pero arribaron a diferentes conclusiones. Mientras que Hand favoreció la libertad empresarial individual al nivel negocial, Traynor se enfocó en la injusticia de la confianza o dependencia detrimental del promitente. (Teeven, 2005, p. 327).

Siete años después de que Traynor encontró justiciable una oferta no aceptada, pero sobre la que se confió, una Corte de Wisconsin se encontró con el problema de determinar si la noción podía extenderse a una promesa que no constituyó oferta pero que se extendió al nivel de negociaciones. La Corte de Wisconsin en el caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc*., 13 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (1965) (en adelante *Hoffman v. Red Owl* o simplemente *Hoffman*) respondió en sentido afirmativo en el caso de una promesa considerada demasiado

indefinida para tener el nivel de oferta.[1364] Este caso se distanció de la parcial adherencia de Traynor a las nociones del intercambio negociado y se liberó de dos nociones fundamentales en la formación de los contratos[1365] (consideración y oferta-aceptación).

El uso de la teoría del "*promissory estoppel*" en *Hoffman* representó un desafío a la doctrina contractual al encontrar responsabilidad contractual sin la necesidad del requisito de buena fe en la contratación. En cambio, se basó en el principio de la justicia, permitiendo reclamos basados únicamente en la confianza, sin requerir que la promesa estuviera respaldada por una

---

1364 Ver también *Wheeler v. White*, 398 S.W.2d 93, 94, 97 (Tex. 1965) (ejecutando un acuerdo financiero indefinido basado en la promesa vinculante o "*promissory estoppel*"). La definición es más un problema cuando los daños por esperanza son pagados que cuando, como en *Hoffman v. Red Owl*, los daños son por confianza o dependencia.

1365 Tenemos también otros casos donde la figura de la consideración se la amplia para dar cabida a otros intereses. En el caso *Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891), en el cual el demandado Story promete $5,000 a su sobrino demandante William si se abstuviese de consumir drogas, alcohol, tabaco, de jugar por dinero, o de hablar groserías hasta los 21 años. El sobrino cumplió y el tío le mandó una carta prometiendo que los $5,000 serían transferidos al sobrino. Al final el tío muere sin pagarle el dinero al sobrino y éste tuvo que demandar a la sucesión del tío. A fin de cuentas, la Corte opinó que sí existía una teoría de la consideración por cuanto el Demandado no estaba obligado a restringirse el goce de ciertas libertades para las cuales podría haberlas ejercido (jugar cartas, hablar groserías, apostar, fumar, libar licor, etc.), por lo que esta restricción representó un detrimento para el sobrino -opinó la Corte- y un beneficio para el tío, por cuanto vio satisfechas sus expectativas de que su sobrino se restringiera de ejercitar tales libertades. Entonces la demanda del sobrino fue aceptada. El Juez Parker, en este caso, extrayendo la definición de consideración del caso *Currie v Misa*, (1875) LR 10 Ex 153, 162, expuso en favor de su decisión:
"Una consideración valorable, en el sentido de la ley, puede consistir en un derecho, interés, ganancia o beneficio para una parte, o en un detrimento, pérdida o responsabilidad dada, sufrida o tomada por la otra. Las Cortes no preguntarán si la cosa que forma la consideración en efecto beneficia al aceptante o a una tercera parte, o si hay un valor sustancial para alguna. Es suficiente que algo sea prometido, hecho omitido o sufrido por la parte a quien la promesa es hecho como consideración por la promesa hecha a él.
Como vemos, esta decisión es una prueba de que la teoría de la consideración se apartaba del clásico concepto del intercambio negociado ("bargain").

contraprestación. Además, se estableció que el "*promissory estoppel*" no equivalía a una acción contractual y no exigía demostrar la falta de buena fe. De ahí que, los legisladores en 1981 citaron este caso como un precedente válido.

Asimismo, el elemento de la "confianza o dependencia" ("reliance") apareció diseminado por todo el Segundo Restatement en áreas como el Estatuto de Fraudes, ofertas firmes, modificaciones contractuales, y garantías contractuales. Los legisladores revisaron la Sección 90 para permitir la ejecución parcial, y proveer que la confianza no necesitaba ser "definida y substancial" (como en el primer Restatement) para equipararse a las promesas comerciales, y para incluir casos de confianza de previsibles terceras partes. Estas revisiones fueron respuestas a decisiones subsecuentes a 1932.

En resumen, en Estados Unidos, la teoría de la "promesa vinculante" había alcanzado suficiente madurez.[1366] Lo que Williston intentó hacer en el Restatement fue ampliar el elemento de negociación "bargain" más allá de los conceptos clásicos de consideración como beneficio para el promitente o perjuicio para el aceptante. Para lograr esto, incorporó la figura del "*promissory estoppel*" en el numeral 90 del Primer Restatement de Contratos, basándose en el concepto de "*detrimental reliance*" (confianza perjudicial).

A) Forma v. Sustancia: la sección 71 frente a la sección 90 del segundo Restatement de los contratos

El problema del "reliance" (confianza) o "*promissory estoppel*" entra a jugar cuando la teoría de la consideración falla, y es entonces donde se recurre a esta teoría para encontrar de alguna manera

1366 En esta misma línea de análisis, Goetz (1980) argumenta que la teoría de la consideración es problemática porque no tiene en cuenta las numerosas situaciones en las que se hacen promesas fuera de los contextos tradicionales de negociación. Específicamente, discute las dificultades en la ejecución de promesas no recíprocas (p. 1410).

responsabilidad en alguna de las dos partes y proceder así a analizar cuál es el agente obligado. Es así que la Sección 71 habla de la formalidad de la consideración mientras que la Sección 90 habla de la sustancialidad del "reliance": Forma vs. Substancia.

El problema radica en cómo distinguir contratos con consideración que se generan a partir de la Sección 71, de aquellos contratos sin consideración derivados del "reliance" (confianza) de la sección 90. La doctrina parece encontrar una solución un poco tímida. Se argumenta que si la intención del promitente es hacer que el aceptante haga o dé lo que tenía que dar o prometer, entonces estaríamos frente a la figura de la consideración; pero si el promitente no desea ese resultado, entonces estamos frente al contrato sin consideración.

La Sección 71 del Segundo Restatement de los Contratos presenta una formulación de la consideración[1367] concomitante con la teoría del intercambio negociado.[1368] En sí la Sección 71 formula la teoría de la siguiente manera:[1369]

(5) Para constituir consideración, una acción o una promesa debe ser negociada.

1367 Gorley (2000) sugiere que la teoría de la consideración no es tan útil como lo fue en el pasado. Específicamente, el documento argumenta que la doctrina de la iniquidad permite a los tribunales examinar la equidad directamente, lo que hace que la teoría de la consideración sea innecesaria, excepto en el contexto de los regalos. Asimismo, menciona que la doctrina de la consideración ha sido preservada por el segundo Restatement of Contracts y que todavía hay algunos estados que la utilizan (pp. 1858 y ss.).

1368 Farnsworth (1987) nos recuerda las principales críticas a la consideración que vimos en el capítulo IV, y señala que la doctrina de la contraprestación puede llevar a dificultades e injusticias, que no permite la ejecución de algunas promesas gratuitas, y que la teoría es circular. Otras críticas mencionadas incluyen la dificultad para determinar lo que constituye una "causa o razón suficiente" para la ejecución y el énfasis en la promesa en lugar de la deuda (pp. 1406-1462).

1369 American Law Institute. (1981). Sección 71: Requerimiento de intercambio [SRC].

(6) Una acción o una promesa es negociada si es buscada por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de tal promesa.
(7) La acción consiste en:
    a. Un acto que no sea una promesa, o
    b. Una omisión, o
    c. La creación, modificación, o destrucción de la relación legal.
(8) La acción o la promesa puede ser dada por al promitente o a otra persona. Y puede ser dada por el aceptante u otra persona.

Por su parte la Sección 90 del Segundo Código resume la figura de la "confianza" (*reliance*) de la siguiente manera:

(1) Una promesa que el promitente razonablemente espera inducir una acción u omisión del aceptante es ejecutable si la injustica puede ser evitada solamente a través de la ejecución de tal promesa.

La diferencia entre Sección 71 y Sección 90 es que la primera está basada en un concepto de mutualidad, de bilateralidad, de intercambio negociado, donde la promesa es entregada a cambio de otra promesa, o de una acción u omisión. En esta sección 71 la consideración es una mera formalidad.[1370] En cambio, en la Sección 90, lo que existe es una unilateralidad donde el promitente realiza una promesa, pero consiente en que tal promesa inducirá a la otra persona a una acción u omisión, que es lo que se llama "*detrimental*

1370 Gamage y Kedem (2006) argumentan que la teoría de la consideración es defectuosa porque se basa en dos suposiciones incorrectas: (1) que cualquiera puede respaldar una promesa con una contraprestación nominal si así lo desea, y (2) que cuando las partes utilizan un formalismo para hacer que sus promesas sean legalmente vinculantes, necesariamente desean estar obligadas (p. 1302).

reliance" o confianza del aceptante. Este "reliance" debe ser en sí real y no una mera posibilidad (Atiyah, 1981, p. 40).

En la sección 90, el aceptante es inducido por la fuerza de la promesa del promitente. La figura de la confianza detrimental ("*detrimental reliance*") está basada en la sustancia del contrato y no en la formalidad de la consideración. Es decir, la confianza detrimental se sustenta en elementos sustanciales como la intención o el objeto, mientras que la figura de la consideración, en la Sección 71, está inspirada en simples formalidades que, a su vez, tienen que sustentarse en figuras sustanciales como la intención y el objeto.

El caso de *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965), ejemplifica perfectamente esta correlación. En este caso la tienda Red Owl Stores quería que Hoffman se convirtiera en un afiliado de su cadena de tiendas, entonces la tienda realizó algunas promesas a Hoffman, sin embargo, no existió una mutualidad o una "inducción mutua de promesas" porque los actos preparatorios de Hoffman no eran los esperados por la tienda (no hubo valor objetivo para la tienda) o no eran deseados por la tienda (no hubo intención subjetiva para la tienda). Pero como no existe esa mutualidad, la Corte no lo vio como un caso de consideración porque la formalidad estaba ausente, pero lo vio como un caso de confianza detrimental ("*detrimental reliance*") porque el objeto substancial o el cambio de posiciones de Hoffman estuvo presente.

De modo que la diferencia entre la Sección 71 y Sección 90, es que la consideración es meramente formal y no resuelve situaciones donde no existe mutualidad o bilateralidad; en cambio, la confianza detrimental fácilmente se enfoca o en la intención o en la promesa inductiva y en la acción u omisión del aceptante, y valora estas acciones u omisiones para evitar injusticias,[1371] pese a que la consideración esté

1371 En esta línea de argumentación, Gordley (2000) manifiesta que una crítica a la teoría de la consideración es que es innecesaria, ya que se formuló en una época en la que

ausente (como el caso de *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965)).

Podría pensarse que todavía existe una intercomunicación entre la consideración y la figura del "reliance" o confianza detrimental; sin embargo, algunas Cortes tratan de buscar la consideración para justificar la exigibilidad de una obligación, ante cuya ausencia, invocan la doctrina del reliance. Pero, pese a ello, esta prelación de algunas Cortes es una preferencia precaria porque la figura del *reliance* siempre da soluciones más acertadas en casos de ausencia de consideración, siempre y cuando exista confianza y cambio de posición en atención a esa confianza.

El caso de *James Baird Co. v. Gimbel Bros*, 64 F.2d. 344 (2d Cir. 1933), es un ejemplo interesante. En este caso, el Juez Hard sugirió que la Sección 90 no podría aplicarse en un contexto comercial, pero sí en un contexto de regalos o suscripciones caritativas. Su teoría se basaba en que las ofertas que carecen de consideración son inejecutables a menos que la oferta o promesa sea recibida a cambio. En este caso, el juez consideró que la consideración había consumido al "reliance".

Sin embargo, el Juez Hard cometió un error al limitar el "reliance" sólo a los regalos o caridades, ya que esto no puede monopolizar los contratos. Aunque una parte confíe en las promesas de la otra parte, no debería restringir la aplicación de la Sección 90 únicamente a casos de regalos o caridades, ya que el principio del "*promissory estoppel*" puede aplicarse en una variedad de contextos contractuales.

---

los tribunales no estaban dispuestos a admitir que les importaba la equidad de un contrato. Ahora que la doctrina de la iniquidad permite a los tribunales examinar la equidad directamente, la teoría de la consideración sólo es necesaria en el contexto limitado de los regalos (p. 1858).

De la misma manera, si se toma en serio la doctrina del "reliance", la consideración desaparecería porque el "reliance" es la piedra angular de los contratos. Entonces el "reliance" consumiría a la consideración.

¿Y cómo solucionar este conflicto entre consideración y *reliance*? A manera de respuesta, las cortes aplican ambas teorías secuencialmente, primero usan la teoría de la consideración, y luego la teoría del *reliance*, o a veces lo hacen simultáneamente.

En otro caso, *Drennan v. Star Paving*, 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958), un subcontratista ofrece un estimado a un contratista general que a su vez somete su propia oferta a un cliente, básicamente basado en el estimado del del subcontratista. En este momento, la oferta del contratista general es aceptada por el cliente, y allí se perfecciona el contrato entre el cliente y el contratista general. Entonces el Juez encargado de este caso, Juez Traynor, comienza su análisis expresando que la figura de la consideración no producirá un resultado que haga obligatorio el estimado del subcontratista. El subcontratista sometió su estimado sabiendo que iba a ser utilizado por el contratista general en su propia oferta al cliente, sabiendo que su estimado iba a provocar un cambio de posiciones en el contratista general. Por esta razón, el Juez Traynor falla a favor del contratista general.

Ello no hace sino reforzar el concepto de que la consideración necesita –como una figura formal- de la ayuda de otros elementos para funcionar.[1372] Y es que la consideración y el "reliance" parecen consumirse el uno al otro. Es decir, si la teoría formal de la

1372 Gordley (2000) argumenta que la doctrina de la consideración es un vestigio obsoleto del pasado y que no es necesario para hacer cumplir una promesa. Además, critica la forma en que los escritores de tratados han intentado racionalizar este requisito, argumentando que no han tenido éxito (pp. 1848-1850).

consideración se considera en sentido stricto, se corre el riesgo entonces de que el "reliance" sería innecesario (Dalton, 1985, p. 1087).

Es cierto que la jurisprudencia y la realidad han permitido que la teoría del "*Promissory estoppel*" (PE) no sólo sea considerada como un sustituto de la consideración en los contratos, sino como una figura independiente con sus propias características y como una causa de acción autónoma. En este sentido, el PE coexiste con la consideración,[1373] aunque el papel y la importancia de la consideración se han visto reducidos en comparación.

La evolución de esta teoría ha permitido que las partes puedan recurrir al PE para hacer valer promesas en las que confiaron, incluso si no hubo una consideración tradicional en el contrato. Esto amplía las posibilidades de hacer cumplir acuerdos basados en la confianza y el detrimento que las partes puedan haber experimentado, lo que enriquece el panorama contractual.

2.3. Elementos del *promissory estoppel*

Los elementos que hemos podido detectar a partir del estudio del estudio de casos prácticos, que veremos en este acápite, son:

1. El promitente realiza una promesa (o un acto u omisión) clara y definida, sobre un hecho presente o futuro que se espera genere una inducción a la actuación (u omisión) del aceptante.
2. El aceptante de la promesa o declaración actúa en confianza de dicha promesa, es decir, en confianza en tal testimonio o promesa o manifestación.
3. El aceptante sustenta daños (detrimento) al actuar en confianza de dicha promesa.

1373 Leibman y Nathan (1987) creen que el PE es una teoría independiente de recuperación (pp. 1479 y ss.).

4. La injusticia que puede evitarse mediante el cumplimiento de la promesa.

El caso *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965), es uno de los casos emblemáticos en el contexto del *promissory estoppel* y será estudiado en detalle en el Anexo IV, especialmente desde la perspectiva de la teoría de la CIC.

2.4. Clases de *promissory estoppel*

2.4.1. En el marco familiar

Tenemos casos de donaciones intra familiares que resultan vinculantes por fuerza de la confianza detrimental del promisario. El caso *Devecmon v. Shaw*[1374] (analizado al detalle en el anexo IV) nos demuestra las cualidades del *promissory estoppel* en el área de donaciones intrafamiliares. Según Perillo (2003, p. 256), la distinción fundamental entre una promesa respaldada por consideración y una promesa gratuita respaldada por el *estoppel promisorio* radica en que, en el primer caso, el detrimento se negocia como contrapartida de la promesa.

En este caso, el demandante, John Semmes Devecmon, presentó una demanda contra los administradores de la sucesión de John S. Combs, quien había fallecido. Devecmon alegó reclamaciones comunes y proporcionó detalles específicos de los hechos que respaldaban sus reclamaciones. Después de obtener un fallo por rebeldía en su favor, se llevó a cabo un juicio para determinar los daños sufridos por Devecmon.

Durante el juicio, se presentó evidencia que incluía cuentas tomadas de los libros del fallecido y testimonios que respaldaban la relación entre Devecmon y Combs. Devecmon intentó demostrar

1374 *Devecmon v.Shaw*. Court of Appeals of Maryland, 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888).

que había realizado un viaje a Europa a solicitud de Combs, quien prometió reembolsarle los gastos del viaje. Sin embargo, el tribunal no admitió esta evidencia en un principio.

La corte de apelaciones posteriormente revisó el caso y determinó que el testimonio sobre el viaje a Europa era relevante y que se requería de un nuevo juicio para resolver la cuestión. En consecuencia, se revocó el fallo anterior y se ordenó la realización de un nuevo juicio.

Además, la corte de apelaciones consideró que la cuenta presentada por Devecmon era suficiente para cubrir los términos generales de la demanda, pero no encontró pruebas suficientes para respaldar los intereses reclamados en la cuenta. Por lo tanto, se concedió la petición de los demandados para excluir los intereses reclamados en la cuenta.

La Corte se centró en la confianza generada en el demandante para realizar el viaje y determinó que el demandante incurrió en gastos a solicitud del difunto con la promesa expresa de reembolso. Esto difiere de una promesa de hacer un regalo o brindar un servicio gratuito. No importa que el demandante se haya beneficiado del gasto de su propio dinero, ya que fue inducido por la promesa a gastarlo de esa manera. Si la promesa no se cumple, se incurriría en una injusticia. El demandante cumplió su parte del contrato y sólo quedaba por hacer el pago del dinero por parte del demandado, lo que permitiría una recuperación en *indebitatus assumpsit* sin necesidad de declarar sobre un contrato especial.

2.4.2. Sobre promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles

Tenemos como ejemplo el famoso caso *Greiner v. Greiner*,[1375] en el cual una madre promete a su hijo Frank Greiner una porción de tierra de 80 acres en una zona determinada de Mitchel County en Kansas, a consecuencia de que el padre de Frank había fallecido y no había dejado nada en el testamento para Frank (y tampoco para el otro hijo, Nicolás al que luego la madre le dio $2000; pero esa es otra historia porque a Nicolás, Henry, Frank y Kate, solamente el padre les dejó $5 por cabeza).

El caso es que Frank, esperanzado en las promesas de su madre Maggie Greiner, decide abandonar su hogar en Logan County, y se muda a Mitchell County junto con su familia a la casa de los 80 acres que su madre le había prometido. Resulta que la madre cambia de opinión y decide no entregar el título de propiedad a Frank. La madre Maggie Greiner demanda a su hijo Frank Greiner pero Frank contrademanda para que se le entregue el título de propiedad de los 80 acres junto con la casa. La Corte dio la razón a Frank y la madre apeló, pero la Corte Suprema de Kansas convalida la decisión de la Corte a quo (de primera instancia).

Este caso lo veremos al detalle en el anexo IV y lo comparamos con la CIC, solamente adelantamos que se resolvió mediante el *Promissory estoppel*, contando con el remedio del "specific performance" (ejecución forzosa).

2.4.3. Agencias y depósitos gratuitos

Tenemos un caso interesante sobre la responsabilidad civil en casos de agencias gratuitas, básicamente en los casos en que un agente promete asumir una responsabilidad en la custodia y cuidado

1375 *Greiner v. Greiner*, 131 Kan. 760 (1930).

de un bien, pero que durante dicho encargo comete una negligencia que genera un daño a la propiedad.

Veamos el caso *Siegel v. Spear Co.*, 234 N.Y. 479 (N.Y. 1923), en el cual el demandante presentó una demanda en el Tribunal de la Ciudad de Nueva York para recuperar sus pérdidas debido a que el demandado no aseguró sus muebles almacenados en su almacén. La acción se basa en un presunto acuerdo de seguro hecho con el empleado de crédito del demandado.

Los hechos que se narran son así: En agosto de 1917 y en enero de 1918, el demandante compró muebles del demandado por $909.25 y los llevó a su apartamento en Nueva York. Devolvió dos gravámenes mobiliarios al demandado, que establecían pagos mensuales y prohibían la remoción de los muebles sin el consentimiento por escrito del acreedor.

En mayo de 1918, el demandante deseaba mudarse temporalmente y almacenar sus muebles en el almacén del demandado. Se acordó que el demandante enviaría sus muebles al almacén y el demandado los guardaría sin cargo. Se afirmó que, durante esta transacción, el empleado del demandado, McGrath, prometió y acordó asegurar los muebles para el beneficio del demandante. Los muebles no estaban asegurados en ese momento. Los muebles fueron destruidos por un incendio en junio de 1918.

El demandante logró recuperar su pérdida hasta el momento. El demandado argumentó que no hubo contraprestación para el acuerdo de seguro y que McGrath no tenía autoridad para hacer dicho contrato. El tribunal sostuvo que existía una contraprestación implícita debido a la naturaleza del almacenamiento gratuito ofrecido por el demandado. Además, la confianza del demandante en la promesa de asegurar los muebles fue parte integral de la transacción.

En cuanto a la autoridad de McGrath, el tribunal no encuentra objeciones suficientes al respecto.

En resumen, el tribunal confirma el fallo a favor del demandante, sosteniendo que existía una contraprestación y que McGrath tenía autoridad para hacer el acuerdo de seguro.

Por su parte, Perillo (2017) explica que los casos referidos a daños como producto de agencias gratuitas por concepto de una mala conducta (negligencia) o incumplimiento de la promesa dada, se tratan por igual y no tiene relevancia hacer una distinción sobre el tema puesto que la base jurídica es la confianza detrimental del demandante, punto central del *promissory estoppel* (pp. 260-261).

2.4.4. Subscripciones caritativas y convenios matrimoniales

Dos casos son importantes de mencionar, y que se examinarán ampliamente en el anexo IV. El primero es *Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank*, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927). El caso trata sobre una promesa de suscripción realizada por Mary Yates Johnston al Allegheny College. Aunque el contrato establecía que el pago se haría después de su fallecimiento, se realizó un pago parcial mientras estaba viva. Después de su muerte, el colegio demandó al ejecutor del testamento para recuperar el saldo pendiente.

El tema central del caso es la ley de suscripciones caritativas y el requisito de consideración para hacer cumplir dichas promesas. La corte reconoce la doctrina de *promissory estoppel* como una excepción al requisito de consideración en el contexto de las suscripciones caritativas. Se establecen criterios adicionales para hacer cumplir estas promesas, como el conocimiento de la organización beneficiaria sobre los gastos realizados en base a la promesa y las expectativas razonables de las partes involucradas.

En este caso, basado en la teoría del (PE) en su Primer Restatement, se establece una conexión entre la teoría del PE y el *quasi* contrato al equiparar el *estoppel* promisorio con la consideración. La promesa del promisor se vincula a la confianza perjudicial del beneficiario. Además, se equipara un contrato implícito de hecho con el *estoppel* promisorio, fortaleciendo así la naturaleza contractual de la teoría.

El segundo caso es *De Cicco v. Schweizer*, 221 N.Y. 431 (N.Y. 1917), en el cual el padre de la novia promete al novio (el Conde) y presumiblemente a la novia también (lo que motivó las conjeturas de Cardozo) de que pagaría una anualidad de $2,500 a la pareja si efectivamente decidieran casarse. La pareja contrae nupcias y el padre pagó por diez años y después se negó a continuar pagando.

En esta situación, no hay consideración involucrada ya que no retractarse del matrimonio antes de que ocurra no constituye una desventaja relacionada con la promesa del padre de la novia. No es un asunto contractual debido a la ausencia de consideración, sino más bien un caso emergente de *estoppel promisorio*.

2.5. Vertientes evolutivas del *promissory estoppel*

En el contexto legal estadounidense, Holmes describió cuatro etapas en la evolución del *estoppel* en los Estados Unidos (Ngugi, 2007, pp. 488-489). Inicialmente, el *estoppel* promisorio se asemejaba al *estoppel* de equidad, en la cual el *estoppel* servía como una defensa (escudo) en lugar de una acción (espada). Funcionaba principalmente como respaldo probatorio en lugar de ser la base de una acción independiente.

Posteriormente, en la segunda etapa, el *estoppel* se convirtió en un sustituto de la consideración en asuntos contractuales. Este período vio la redacción del Primer Restatement de Contratos.

En la tercera etapa, conocida como la etapa de los "torts" (agravios), el *estoppel* no era simplemente un escudo, sino también una espada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Finalmente, en la cuarta etapa, el *estoppel* asumió, según Knapp (1998) los valores de conciencia, honestidad y equidad. Fue importado de Inglaterra a los Estados Unidos, pero experimentó una transformación, pasando de ser una defensa (escudo) a una acción (espada), aunque una espada en busca de justicia y equidad dentro de los ámbitos de los agravios y los contratos (Knapp, 1998, pp. 1245-1246).

2.5.1. Promissory estoppel como sustituto de la consideración

Como vimos en los acápites anteriores, enumeramos ciertos casos ejemplares que proyectan parámetros de la Sección 90 del Segundo Restatement de Contratos aplicado a donaciones intrafamiliares, promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles, situaciones de agencias y depósitos gratuitos, y hasta subscripciones caritativas y convenios matrimoniales. Estos casos se estudiarán al detalle en el anexo IV desde una perspectiva comparativa con la CIC.

A este respecto, y con referencia a los casos que venimos estudiando del PE como sustituto de la consideración, Williston (1938) lo expresó de la siguiente forma: "El hilo conductor vinculante en todas las clases de casos que se han enumerado es la confianza justificada del beneficiario de la promesa y la dificultad implicada en negarse a hacer cumplir la promesa" (p. 202).

Williston (1938) hace una crítica a los estudiantes y a los profesionales de Derecho Civil que están acostumbrados a encontrar el elemento de "consideración" (causa diríamos en la perspectiva del *civil law*) para vincular una promesa. Bajo su perspectiva, el PE viene a reemplazar este elemento y a proponer una nueva doctrina con un consecuente cambio de actitud mental:

Los estudiantes de derecho civil suelen seleccionar las tecnicidades del derecho inglés y estadounidense que requieren consideración para validar un contrato simple, para una crítica particular; y con frecuencia se observa en las decisiones de los tribunales estadounidenses, en casos de adversidades [hardship], una impaciencia con el requisito y un esfuerzo por ampliar los límites de las promesas exigibles. Si este sentimiento encontrara una expresión general, se podría argumentar justificadamente que la base fundamental de los contratos simples históricamente era la acción en una confianza justificada en una promesa, en lugar de la noción más moderna de compra de una promesa por un precio, y que es un desarrollo coherente de esta base temprana definir una consideración suficiente como cualquier beneficio legal para el promisor o detrimento legal para el beneficiario otorgado o sufrido por este último en una confianza razonable en la promesa. Esta definición elimina la necesidad de una solicitud por parte del promisor para la consideración. La propuesta no carece de mérito intrínseco, pero se debe reconocer que, si se aplica de manera generalizada, ampliaría considerablemente la responsabilidad en las promesas y, en la actualidad, se opone en gran medida a la autoridad predominante. Sin embargo, parecería que existen razones convincentes de justicia para hacer cumplir las promesas, cuando la injusticia no puede evitarse de otra manera, cuando han llevado al beneficiario de la promesa a incurrir en un detrimento sustancial basándose en ellas, no sólo cuando el promisor lo haya pretendido, sino también cuando razonablemente debería haber esperado que se incurriera en dicho detrimento, aunque no lo haya solicitado como intercambio por su promesa (p. 202).

En conclusión, estos párrafos destacan la evolución en la comprensión de los contratos, sugiriendo un cambio de la tradicional doctrina de la "consideración" hacia una mayor valoración de la "confianza justificada" en el marco del *Promissory estoppel*. La aplicación de la Sección 90 del Segundo Restatement de Contratos en una variedad de contextos contractuales, incluyendo donaciones intrafamiliares y convenios matrimoniales, refleja una tendencia creciente hacia la flexibilidad y la justicia en la ejecución de promesas. Williston argumenta persuasivamente que, más allá de la mera formalidad de la consideración, debería prevalecer la equidad y la justicia en los contratos, especialmente cuando la confianza en una promesa conduce a un detrimento sustancial, marcando así un cambio de paradigma en la teoría y práctica del derecho contractual.

2.5.2. Confianza en las ofertas (*reliance*)

En este tipo de situaciones también el *promissory estoppel* evoluciona para abarcar situaciones típicas de las promesas brindadas por un subcontratista al contratista general que gana una licitación, haciendo de esta promesa una situación irrevocable gracias al *reliance*. Tenemos el caso *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal.2d 409 (Cal. 1958), en donde el demandado apeló una sentencia a favor del demandante en una acción para recuperar daños causados por su negativa a realizar trabajos de pavimentación según una oferta presentada al demandante. El demandante, un contratista general con licencia, estaba preparando una oferta para el "Trabajo de la Escuela Monte Vista" en el distrito escolar de Lancaster el 28 de julio de 1955. La secretaria del demandante recibió por teléfono la oferta del demandado para los trabajos de pavimentación y el demandante la utilizó al calcular su propia oferta. Al abrirse las ofertas, se adjudicó el contrato al demandante. Sin embargo, al día siguiente, el demandado se negó a realizar el trabajo por el precio de su oferta y el demandante tuvo que encontrar a otro subcontratista

para hacerlo a un costo mayor. El tribunal de primera instancia emitió un fallo a favor del demandante, sosteniendo que el demandado hizo una oferta definitiva que el demandante utilizó y confió en ella. El demandado argumentó que la oferta era revocable, pero el tribunal determinó que la confianza del demandante en la oferta hacía que fuera irrevocable.

En este caso, la oferta del demandado constituyó una promesa de cumplir en las condiciones establecidas expresamente o por implicación. En consecuencia, se dictó un fallo a favor del demandante por la suma de $3,817 (la diferencia entre la oferta del demandado de $10,748.60, y el costo del pavimento para el demandante, $7,131.60), además de los costos. Pese a que no existe contrato bilateral vinculante, la Corte opinó que sí existía un *promissory estoppel* por cuanto el subcontratista dio una oferta al contratista general para que éste a su vez gane una licitación.

En conclusión, el caso *Drennan v. Star Paving Co.* ilustra la evolución y aplicación del principio de *Promissory estoppel* en el contexto de las relaciones contractuales, especialmente entre contratistas generales y subcontratistas. A pesar de la ausencia de un contrato bilateral formalmente vinculante, la corte reconoció que la oferta del subcontratista, utilizada por el contratista general para formular su propuesta ganadora en una licitación, generó una obligación irrevocable bajo el principio de *Promissory estoppel* debido a la confianza depositada y el detrimento subsiguiente. Este fallo subraya la importancia de la fiabilidad y la confianza en las ofertas y promesas comerciales, incluso en ausencia de un acuerdo contractual completo, estableciendo un precedente significativo en el derecho contractual que reconoce y protege las expectativas legítimas generadas en el curso de negociaciones comerciales.[1376]

1376 Un aspecto interesante en este caso es que el contratista general tampoco puede dilatar mucho tiempo en el uso de la propuesta del subcontratista o seguir haciendo

2.5.3. Promissory estoppel bajo un acuerdo indefinido

Uno de los ejemplos más significativos que ilustran este tipo de casos, donde hay un acuerdo indefinido pero que se convierte en vinculante bajo la doctrina del *estoppel* promisorio (PE), se examina en el anexo IV en comparación con la CIC. Se trata del caso *Grouse v Group Health Plan, Inc*., 306 N.W. 2d 114, Minn. (1981), que involucra al demandante Grouse, un farmacéutico empleado en Richter Drug en Minneapolis. Grouse comenzó negociaciones con el demandado Group Health Plan, Inc. para un puesto en su organización. Durante las conversaciones, Cyrus Elliot, el jefe de farmacéuticos, le prometió trabajo a Grouse el empleo. Grouse le informó a Elliot que necesitaba dar un aviso de dos semanas a su empleador actual. Mientras tanto, Grouse rechazó otra oferta laboral, respetando las promesas de Elliot.

Por su parte, Donald Shoberg, gerente de Group Health Plan, Inc., le indicó a Elliot que debía confirmar la calidad profesional de Grouse y verificar las referencias proporcionadas en su currículum vitae. Elliot intentó contactar a las referencias sin éxito y no buscó otras referencias. Finalmente, Group Health Plan contrató a otra persona para el puesto, lo que dejó a Grouse sin trabajo después de haber renunciado a su empleo anterior.

Grouse demandó a Group Health Plan por la pérdida de ingresos que experimentó debido a su renuncia y a la promesa incumplida de empleo. El tribunal de primera instancia rechazó su demanda, pero la Corte de Apelaciones revocó la decisión y la declaró a favor de Grouse.

La Corte de Apelaciones determinó que el principio legal aplicable en este caso era el "*promissory estoppel*", que implica un contrato de derecho donde no existe uno formalmente. Según la

"shopping" de propuestas, en cuyo caso la opción queda anulada (*Drennan v. Star Paving Co*., 51 Cal.2d 409 (Cal. 1958).

corte, Group Health Plan sabía que Grouse tendría que renunciar a su empleo actual para aceptar su oferta y que Grouse había informado rápidamente a su empleador anterior sobre su renuncia. La corte consideró injusto no hacer que Group Health Plan cumpliera su promesa.

En cuanto a los daños, el tribunal indicó que el alivio otorgado por el incumplimiento podría limitarse según lo requerido por la justicia y que los daños podrían medirse en función de la confianza perdida por Grouse. Concluyó que Grouse tenía derecho a asumir que se le daría una oportunidad de desempeñar sus funciones de manera satisfactoria y que, al no recibir esa oportunidad, había perdido el trabajo que tenía y había rechazado otra oferta de empleo en otro lugar.

En resumen, el caso *Grouse v Group Health Plan*, Inc. involucra la promesa incumplida de empleo por parte de Group Health Plan hacia Grouse, lo que resultó en pérdidas económicas para Grouse. La Corte de Apelaciones consideró que Group Health Plan estaba obligado por el principio del "*promissory estoppel*" y determinó que Grouse tenía derecho a una compensación por los daños sufridos.

Otro caso emblemático lo encontramos en *Wheeler v White*,[1377] en el cual Ellis D. Wheeler, demanda a S.E. White, por incumplimiento de contrato relacionado con un préstamo para financiar la construcción de mejoras en un terreno de propiedad de Wheeler. Wheeler alega que White incumplió el contrato al no incluir elementos esenciales para su exigibilidad. Aunque las excepciones especiales presentadas por White fueron aceptadas inicialmente, el tribunal determinó que los argumentos de Wheeler basados en la teoría del *promissory*

1377 *Wheeler v. White*, 398 S.W.2d 93 (Tex. 1966).

estoppel eran válidos. Esto llevó a la revocación de las decisiones previas y la remisión del caso para su juicio.

El contrato entre Wheeler y White establecía los términos del préstamo, incluyendo el monto, las cuotas mensuales y el interés. Wheeler argumentó que White estaba impedido de alegar cualquier deficiencia en el contrato debido a sus acciones y promesas que generaron la confianza de Wheeler y lo llevaron a incurrir en gastos para preparar la construcción. La corte aplicó la doctrina del *promissory estoppel*, permitiendo a Wheeler recuperar los daños por confianza, es decir, los gastos en los que incurrió. Sin embargo, la corte rechazó la indemnización por las ganancias esperadas que nunca se materializaron. El caso fue devuelto al tribunal de primera instancia para un juicio basado en esta opinión.

2.5.4. Promesas hechas durante negociaciones preliminares

En este tipo de situaciones de la parte evolutiva de la teoría del PE nos topamos con un par de casos emblemáticos que los veremos en extenso en el anexo IV, pero que por ahora corresponde brevemente referirnos a ellos.

El primer caso es el paradigmático caso de *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 13 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (1965). En este caso, Joseph Hoffman y su esposa demandaron a Red Owl Stores, Inc. y Edward Lukowitz alegando que Lukowitz, como agente de Red Owl, hizo promesas y acuerdos de construir una tienda en Chilton y abastecerla de mercancía para que Hoffman la operara. Los demandantes confiaron en estas representaciones y acuerdos, vendieron su negocio y propiedad existentes y compraron terrenos en Chilton. Sin embargo, Red Owl no cumplió con las promesas y los demandantes sufrieron pérdidas financieras y personales.

Después de operar una tienda en Wautoma durante tres meses, los representantes de Red Owl encontraron que estaba generando ganancias y aconsejaron a Hoffman que vendiera la tienda a su gerente. Se le aseguró que Red Owl encontraría una ubicación más grande en otro lugar. Hoffman vendió la tienda confiando en esta garantía. Se seleccionaron opciones de terrenos en Kewaunee y Chilton para la nueva tienda, y Hoffman obtuvo una opción para comprar un terreno en Chilton. Se realizaron reuniones y proyecciones financieras, y se acordaron términos de arrendamiento.

Sin embargo, no se elaboraron planes finales ni se firmó un contrato de construcción. Los directivos de Red Owl solicitaron cambios en la financiación del negocio y pidieron que el suegro de Hoffman hiciera un regalo de fondos. Esto provocó el colapso de las tratativas. Los demandantes argumentaron que se les debería compensar bajo la teoría del *promissory estoppel*, ya que confiaron en las promesas y acciones de Red Owl y sufrieron un perjuicio como resultado de su incumplimiento.

El tribunal consideró que la doctrina del *promissory estoppel* era una herramienta necesaria para evitar la injusticia y respaldó su aplicación en este caso. El expediente revelaba promesas y garantías en las que los demandantes confiaron y actuaron en detrimento suyo. El caso *Hoffman* es relevante en la ley de *promissory estoppel*, permitiendo a los demandantes buscar compensación cuando confían en una promesa y sufren perjuicio como resultado de su incumplimiento, independientemente de la buena o mala fe del promisor.

Este caso de Hoffman es parecido al caso Vizcaya,[1378] en España, cuyo análisis comparativo lo referimos al anexo III de esta obra.[1379]

1378 STS 16-05-1998 (RJ 3673/1988)

1379 Brevemente, en este caso, los vecinos de Pamplona Daniel y Yolanda traen una demanda contra el Banco Vizcaya, S.A. y sus oficiales por daños provocados al

El segundo caso es parecido al primero, *Goodman v. Dicker*, 83 U.S.App.D.C. 35 169 F.2d 684 (1948). En este caso, los demandantes presentaron una demanda por incumplimiento de contrato contra los demandados, quienes ahora apelan el fallo. El fallo fue modificado y confirmado. Los apelantes son distribuidores locales de Emerson Radio y Phonograph Corporation, y los apelados solicitaron una

---

amparo del numeral 1902 del CCE que prohíbe dañar a un tercero (neminen laedere). La Corte de Primera Instancia declaró fundada la demanda, luego la Corte de Apelaciones anuló la sentencia, pero la Corte de Casaciones revocó la apelación y concedió la demanda inicial. El caso trato un empleado del Banco Vizcaya (don Daniel) iba a ser trasladado a una oficina de Miami de la misma compañía, y en vista de tal promoción el empleado vende su automóvil y junto con su esposa presentan solicitudes de excedencia, e incurren en otros gastos de viaje. Finalmente, después de un año, el traslado no se produjo. Don Daniel plantea su demanda en el fuero laboral, que fue desestimada. Luego don Daniel y su esposa Yolanda recurren a la vía civil, exigiendo una indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1902 del CCE. Recuérdese que el número 1902 del CCE reza: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado." Se debería demostrar que el Banco Vizcaya actuó de mala fe. Lo sorprendente de esta sentencia del Banco Vizcaya es su parecido con la sentencia Hoffman. Leyendo la sentencia Vizcaya parece que estuviéramos leyendo la sentencia Hoffman, es su retrato prácticamente. Podemos esbozar ciertas similitudes, pero por lo pronto podemos analizar unas tres similitudes:

a). En Banco Vizcaya, los demandantes demandan utilizando el numeral 1902 del CCE, tal cual lo hizo Hoffman utilizando el PE como espada (y no solamente como escudo).

b). En Vizcaya, los demandantes solicitan un interés negativo (daño emergente), al igual que Hoffman.

c). En Vizcaya, el Tribunal Supreme no recurre al estudio de la "buena fe" como requisito de la responsabilidad aquiliana, pero sí estudia la confianza detrimental de los demandantes provocada por las representaciones de los demandados. Con ello, la figura del RINP (o CIC) a través del numeral 1902, queda equiparado a la PE las negociaciones preliminares laborales.

Demandados son responsables por el daño al demandante, por violación del principio "neminen laedere" (no dañar a otro).

Esta última semejanza nos hace concluir que es posible que un Tribunal llegue a resultados ejemplares como el del Banco Vizcaya, obviando imponer a la parte demandante la probanza del requisito de la "buena fe" (que es un elemento imprescindible en la responsabilidad extracontractual que impone el cumplimiento de un deber) y que al obviar este requisito hace que la acción impuesta sea más eficiente, al igual que el caso Hoffman.

"franquicia de distribuidor" para vender los productos de Emerson con el conocimiento y aliento de los apelantes.

El tribunal de primera instancia determinó que los apelantes indujeron a los apelados a incurrir en gastos al prepararse para hacer negocios bajo la franquicia, en base a sus declaraciones y conducta. Sin embargo, no se entregaron las radios prometidas y finalmente se notificó que la franquicia no se otorgaría. El tribunal consideró que, aunque no se había demostrado la existencia de un contrato, los apelantes estaban impedidos de negarlo debido a sus declaraciones y conducta en las que los apelados confiaron y que les causaron perjuicio. Se dictó un fallo por $1,500, que cubría los desembolsos en efectivo y las ganancias anticipadas por la venta de treinta radios.

El argumento principal de los apelantes es que no habría surgido ninguna responsabilidad bajo la franquicia de distribuidor, ya que habría sido revocable a voluntad y no habría impuesto ninguna obligación al fabricante de vender ni a los apelados de comprar un número fijo de radios. Sin embargo, el tribunal sostiene que los términos de la franquicia no son relevantes directamente en este caso. El enfoque se centra en la promesa de los apelantes de que se otorgaría una franquicia y se suministrarían radios, en base a lo cual los apelados incurrieron en gastos. El tribunal determina que los apelantes no pueden ahora plantear ninguna defensa que sea incompatible con su garantía de que se otorgaría la franquicia. Se considera justo y equitativo proteger a los apelados que actuaron en su detrimento confiando en la conducta de los apelantes.

El tribunal hace referencia al principio de la prohibición de conducta contradictoria, que impide que una persona decepcione las expectativas en las que otra persona actuó, causando pérdida o daño. El tribunal está de acuerdo con la decisión del tribunal de primera instancia de responsabilizar a los demandados por los gastos

incurridos por los apelados al prepararse para hacer negocios bajo la prometida franquicia de distribuidor, que ascienden a $1150. Sin embargo, el tribunal considera que no se debería haber incluido el concepto de $350 por pérdida de ganancias en las radios prometidas en un pedido inicial. La medida adecuada de daños es la pérdida sufrida por los gastos realizados en confianza en la garantía de una franquicia de distribuidor.

Por lo tanto, se confirma el fallo con la modificación de excluir el concepto de pérdida de ganancias. Como podemos apreciar, el caso es resuelto a través del *promissory estoppel* como herramienta para desincentivar injusticias.

En este sentido, volviendo al caso Hoffman, Perillo (2013) piensa que "El resultado del tribunal se asemeja en espíritu a la doctrina de la *culpa in contrahendo* reconocida en varios países de derecho civil, según la cual, cuando la justicia lo requiere, se otorga una indemnización por las pérdidas sufridas como resultado de negociaciones fallidas." (p. 269). Sin embargo, en jurisdicciones que aceptan la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares, como tercera vertiente de la *Culpa in contrahendo*, el deber de negociar de buena fe impone un paso adicional de probanza para el demandante. Como la buena fe se presume, el demandante necesariamente tiene que probar la mala fe o la malicia del demandado, con ello, la acción por CIC o RINP se parece a la acción de *misrepresentation* (tergiversación) o falsedad y hace que el PE sea más eficiente y hasta muchas veces más justa que la CIC.[1380]

Finalmente, vamos a ver un caso que en el *common law* pudiera -aparentemente- parecerse a la CIC (RINP), pero en realidad no. Se

1380 Para un análisis más detenido de los resultados más eficientes y justos caso por caso, remitimos al lector a los anexos III y IV de esta obra.

trata del caso *Arcadian Phosphates v. Arcadian Corp*.[1381] Este caso involucra una disputa sobre si un memorando de venta de un negocio de fertilizantes de fosfato era un contrato vinculante. El tribunal de distrito falló a favor del demandado (vendedor) en la demanda por incumplimiento de contrato, pero el Tribunal de Apelaciones confirmó las reclamaciones por incumplimiento de contrato, revirtió el fallo, y remitió la reclamación de *promissory estoppel* al tribunal inferior para una mayor consideración.

Los hechos del caso son los siguientes: Arcadian Corporation era una empresa de Nueva York que fabricaba y vendía fertilizantes, mientras que Arcadian Phosphates, Inc. (API) era una corporación de Delaware creada para comprar el negocio de fertilizantes de fosfato de Arcadian. Las partes firmaron un *memorando de entendimiento* en junio de 1986, seguido de un *memorando* en noviembre de 1986 que incorporaba los términos del memorando anterior. Los demandantes (compradores) afirmaron que este memorando de noviembre era un contrato vinculante para la venta del negocio de fertilizantes de fosfato.

El tribunal de distrito otorgó un fallo sumario a favor del demandado (vendedor) en la demanda por incumplimiento de contrato, pero el Tribunal de Apelaciones revocó este fallo en relación con la reclamación de *promissory estoppel*. Se determinó que existen cuestiones genuinas de hecho sobre si Arcadian hizo una promesa clara e inequívoca de *negociar de buena fe*, si los demandantes confiaron razonablemente en esa promesa y si sufrieron perjuicio como resultado. Por lo tanto, se remitió el caso al tribunal inferior para una mayor consideración de esta reclamación.

1381 *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*, 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989).

En resumen, se confirmaron las reclamaciones por *incumplimiento de contrato* de los demandantes (compradores), pero se revocó el fallo del a quo, y se devolvió la reclamación por *promissory estoppel* al tribunal inferior para una mayor evaluación.

En este caso, que será examinado detalladamente en el anexo IV, se combinan dos teorías. La primera es de naturaleza contractual y establece que el memorándum (en el cual se acordó que ambas partes debían llevar a cabo las negociaciones de buena fe) constituye un precontrato y, por lo tanto, hay un incumplimiento de contrato. Sin embargo, también se considera la posibilidad de analizar el caso a través del *promissory estoppel*, una herramienta que no requiere una obligación de negociar de buena fe. A pesar de esto, dado que existe una obligación establecida en el memorándum (precontrato), el tribunal superior respalda el argumento de la reclamación por incumplimiento de contrato y remite el caso para explorar el tema del *promissory estoppel*, a la luz del reclamo por incumplimiento de contrato. En realidad, ya no era necesario explorar el tema del *promissory estoppel*, ya que la teoría del incumplimiento del contrato preliminar era suficiente para explicar la decisión del tribunal.

En contraste con la CIC (RINP), este caso se distingue en el sentido de que el deber de negociar de buena fe no está impuesto por la legislación, sino que la Corte de Apelaciones evaluó la evidencia y determinó que esta obligación surgía del mandato del precontrato. En otras palabras, la Corte de Apelaciones simplemente está cumpliendo con el precontrato al determinar que es un acuerdo vinculante, de acuerdo con lo establecido en la propia convención. Por lo tanto, no se puede interpretar que el precontrato se utilice como una herramienta para imponer el deber de negociar de buena fe, ya que este deber surge directamente de la fuerza del precontrato.

2.5.5. Acuerdos que renuncian a las consecuencias legales

En este rubro tenemos muchos casos. Por ejemplo, casos en los que existe un contrato bilateral nulo pero que por medio del PE brinda soporte suficiente para amparar una acción de indemnización si es que existe "reliance" (confianza), o el tema de la modificación de los contratos en base a ese *reliance*. Tenemos por ejemplo el numeral 89 del Segundo Restatement de Contratos que especifica:[1382]

Una promesa que modifica una obligación en un contrato que no ha sido completamente cumplido por ninguna de las partes es vinculante:

1. Si la modificación es justa y equitativa en vista de circunstancias no anticipadas por las partes al momento de celebrar el contrato; o
2. En la medida en que lo establezca la ley; o
3. En la medida en que la justicia requiera su cumplimiento debido a un cambio material de posición basado en la confianza en la promesa.

Por otra parte, veamos un caso atinente a este tipo de casos. El caso de *Central London Property v High Trees*, [1947] KB 130; [1956] 1 All ER 256; 62 TLR 557; [1947] LJR 77; 175 LT 333, se basa en las promesas realizadas por el propietario de unos apartamentos a un inquilino (quien a su vez los subarrendaba a terceros) durante el Segundo Guerra Mundial. Debido a la guerra, los subarrendatarios comenzaron a pagar una renta reducida al arrendatario. En consecuencia, el arrendatario y el arrendador acordaron verbalmente reducir la cantidad de la renta durante la duración de la guerra. Sin embargo, al finalizar la guerra y restablecerse la economía, el arrendador buscó recuperar la

1382 Second Restatement of Contracts [SRC], §89. 1981. (EE.UU.)

diferencia que había perdonado durante el acuerdo verbal y exigirle al arrendatario el pago completo de la renta.

El juez Denning emitió una sólida decisión basada en el *estoppel*:

> En lo que respecta al *estoppel*, esta representación sobre la reducción de la renta no fue una afirmación de un hecho existente, que es la esencia del *estoppel* en el *common law*. Fue una declaración en cuanto al futuro, una declaración de que el alquiler no se haría efectivo a la tarifa completa, sino sólo a la tarifa reducida. Según el derecho consuetudinario, eso no daría lugar a un *estoppel* porque. una afirmación en cuanto al futuro debe estar incorporada como un contrato o no tener validez. Por lo tanto, en el derecho consuetudinario, no habría fundamento para la afirmación. ¿Cuál es entonces la posición a la luz de la evolución de la ley en los últimos años? La ley no se ha detenido. Ha habido una serie de decisiones en los últimos cincuenta años que, aunque se las considera casos de *estoppel* promisorio, en realidad no lo son. Se trata de casos en los que las promesas tenían como objetivo crear relaciones jurídicas y que, a sabiendas de la persona que realizaba la promesa, iban a ser cumplidas por la parte a la que se le hizo la promesa, y de hecho, se han cumplido. En tales casos, los tribunales han sostenido que estas promesas deben ser cumplidas. Estos casos no son *estoppel* en el sentido estricto. La consecuencia lógica, sin duda, es que una promesa de aceptar una suma menor a cambio de una suma mayor, si se lleva a cabo, es vinculante, a pesar de la falta de contraprestación, y si la fusión de la ley y la equidad conduce a ese resultado, tanto mejor. En este momento, no es útil tratar de establecer una distinción entre la ley y la

> equidad. Han estado unidas durante más de setenta años y los problemas deben abordarse en un sentido combinado (*Central London Property v High Trees*).

Como vemos, el PE puede ser utilizado en un sinnúmero de situaciones o acuerdos sin limitaciones, desafiando a la consideración,[1383] el Estatuto de Fraudes y el Parol Evidence Rule.[1384] Perillo (2003) lo explica así:

> También es posible utilizar el *estoppel* promisorio para hacer cumplir un acuerdo no exigible, como por ejemplo en un caso que involucre el Estatuto de Fraudes. Presumiblemente, el *estoppel* promisorio podría ser utilizado en casos que involucren contratos anulables, pero las reglas empleadas en el ámbito de los contratos anulables tienen en cuenta el elemento de confianza junto con la política que se pretende lograr. (p. 271).

2.6. Flexibilidad del remedio legal

Como veremos en el anexo IV, el análisis detallado de casos del *common law* sobre el PE, a la luz del RINP (segunda vertiente de la CIC) arroja conclusiones que conviene en este segmente brevemente detallar.

El *Promissory estoppel* no solamente busca la indemnización de un interés negativo, tal cual lo planteó Ihering en su teoría de la CIC, sino también plantea la búsqueda de un interés positivo, es decir,

---

1383 El *estoppel* promisorio es una respuesta a las deficiencias de la teoría de la consideración, pero Goetz (1980) sugiere que se utiliza para abordar algunas de las limitaciones del modelo de la consideración (pp. 1416-1418).

1384 Eisgruber (2000) señala que la Regla de la Evidencia Parol "tiene algo que decir sobre las circunstancias bajo las cuales los contratos escritos prevalecerán o excluirán otros acuerdos" (p. 1513).

de un lucro cesante, o hasta de un *specific performance* (ejecución forzosa).

El PE tiene implícito el valor justicia mas no la buena fe en su etapa negocial. La naturaleza y el concepto del PE impone el deber al juez de evitar y desincentivar injusticias. Sin embargo, la buena fe no es una obligación en la actuación negocial de las partes (porque la buena fe es una obligación en la parte de la ejecución de los contratos), pero existe la obligación de no engañar o mentir, que es diferente a la obligación de negociar de buena fe. Dicha obligación de no engañar viene descrita en la figura del *misrepresentation* (tergiversación o falsedad), que lo vimos en el capítulo III.

Finalmente, la admonición de Perillo (20003) es realmente atinente:

> Así como la redacción original dio un gran impulso al *promissory estoppel*, se puede esperar que el Segundo *Restatement*, con su liberalización de la doctrina, brinde un impulso adicional a su utilización. El *promissory estoppel* puede ser utilizado en cualquier contexto con el fin de hacer justicia. Como ha afirmado un tribunal, la doctrina del *promissory estoppel* es "un intento de los tribunales de mantener los remedios al ritmo de la creciente conciencia moral de representaciones honestas y justas en todos los tratos comerciales" (p. 273).

En efecto, el Juez Mc Faddin en el caso *Peoples Nat. Bank of L.R. v. Linebarger* co.[1385] lo expresó claramente:

> A continuación, se presentan sólo algunos de los numerosos casos recientes que reconocen el desarrollo de la ley del

1385 *Peoples National Bank v. Linebarger Construction Co*., 9 Ark. 11, 240 S.W.2d 12 (1951).

> *promissory estoppel*, el cual es un intento por parte de los tribunales de mantener los remedios al ritmo de la creciente conciencia moral de honestidad y representaciones justas en todos los tratos comerciales: *Brewer v. Universal Credit Co.*, 191 Miss. 183, 192 So. 902; *Lacy v. Wozencraft* (Okla. 1940), 105 P.2d 781; *Thom v. Thom*, 208 Minn. 461, 294 N.W. 461; *May v. City of Kearney*, 145 Neb. 475, 17 N.W.2d 448; *In re Jamison's Estate* (Mo. 1947), 202 S.W.2d 879; *Goodman v. Dicker*, 83 App.D.C. 353, 169 F.2d 684; *Klein v. Farmer*, 85 Cal.App. 545, 194 P.2d 106; *Swift v. Peterson*, 240 Iowa 715, 37 N.W.2d 258; y *Waugh v. Leonard*, 69 Ariz. 214, 211 P.2d 806.

Con ello queda demostrado que el PE es una figura flexible con resultados amplios, que tienden a apuntar a la consecución de la justicia, y no solamente la mera formalidad de la ley. Con una naturaleza respaldada por la equidad pero que resulta más eficaz y eficiente porque no impone un deber de actuar de determinada forma, paso que hace su probanza en el sentido inverso, es decir, como la buena fe se presume, la CIC le impone al demandante el deber de probar la mala fe del demandado, lo cual es muchas veces más complicado que probar el "reliance" del demandante para accionar bajo la férula de esta figura.[1386]

1386 Por su parte, Goetz (1980) argumenta que la teoría de la consideración es inconsistente con el principio de confianza legítima, ya que no tiene en cuenta el hecho de que las promesas gratuitas pueden inducir la confianza, mientras que las promesas negociadas pueden desincentivar la producción de promesas socialmente útiles (p. 1330).

3. EL *PROMISSORY ESTOPPEL* DEL *COMMON LAW* AMERICANO Y EL *ESTOPPEL PROPIETARIO* DEL *COMMON LAW* INGLÉS

3.1. El *equitable estoppel* inglés

En el derecho del *common law* americano[1387] la figura del PE nace de la institución del *equitable estoppel* inglés,[1388] pero la diferencia entre ambas figuras es que el PE se basa en un daño sufrido por el aceptante que confía en las promesas brindadas por el promitente y en confianza en dichas promesas realiza un acto u omisión, independientemente si hubo o no buena fe en la parte del promitente; mientras que el *equitable estoppel* inglés se basa en un *misrepresentation* de hecho (tergiversación o falsedad de hecho) en el cual la parte promitente no puede ahora retractarse en su beneficio. También vimos cómo la figura del PE es una causa de acción, o una espada, mientras que el *equitable estoppel* solamente es un escudo o una defensa.

En un caso que es importante resaltar, *Amalgamated Investment And Property Co Ltd (In Liq) V Texas Commerce International Bank Ltd:* CA 1982, el Juez Denning puso ciertas limitaciones al principio del *estoppel*, a saber:[1389]

> La doctrina del *estoppel* es una de las más flexibles y útiles del arsenal de la ley. Pero se ha sobresaturado con casos.

1387 Mills (1996) señala que el *estoppel* equitativo inglés es la raíz histórica de la moderna doctrina del *estoppel* promisorio. Se originó en 1349 cuando Eduardo III remitió todos los asuntos dentro del divino "prerrogativa de Gracia" del rey al Canciller para su adjudicación. El Canciller debía basar todas las decisiones en los principios de "Honestidad, Equidad y Conciencia" (pp. 33-34).

1388 Bridgeman (2008) indica que la doctrina del *estoppel* promisorio es un "pariente" de la *estoppel* equitativa. Según Bridgeman (2008), la *estoppel* equitativa es una doctrina que impide a alguien negar un hecho que previamente afirmó (pp. 1443 y ss).

1389 *Amalgamated Investment And Property Co Ltd (In Liq) V Texas Commerce International Bank Ltd*: CA 1982.

Por esta razón no he ido a través de ellos en este juicio. Ha evolucionado durante los últimos 150 años en una secuencia de acontecimientos separados: *estoppel* propietario, *estoppel* por la representación de hecho, el *estoppel* por asentimiento y *estoppel* promisorio. Al mismo tiempo se ha buscado ser limitado por una serie de máximas: *estoppel* es sólo una regla de la evidencia, el *estoppel* no puede dar lugar a una causa de acción, *estoppel* no puede acabar con la necesidad de consideración y así sucesivamente. Todos estos pueden verse ahora a fundirse en un principio general despojado de limitaciones. Cuando las partes en una transacción proceden sobre la base de una suposición subyacente –de hecho, o de derecho-, ya sea por falsedad o error, no importa, -sobre los cuales han conducido sus relaciones entre ellos – ninguno de ellos podrá volver a ese supuesto cuando sería injusto permitirle hacerlo. Si uno de ellos busca volver en él, los tribunales le darán el otro remedio como la equidad en el caso demanda, y si las partes en un contrato, por su curso de las negociaciones, ponen una interpretación particular sobre los términos de la misma, en la fe de que cada uno de ellos — al conocimiento de la otra- actúa y dirige sus asuntos mutuos — están obligados por esa interpretación tanto como si hubiera sido escrito por ser una variación del contrato. No hay que investigar si su particular interpretación es correcta o no, o si se equivocaron o no, o si tenían en cuenta las condiciones iniciales o no. Basta con que tienen, por su curso de las negociaciones, poner su propia interpretación en su contrato y no puede volver sobre él.

De modo que las Cortes han utilizado el principio del equitable *estoppel*[1390] para adaptar situaciones de hecho e impedir que una parte cambie de opinión en perjuicio de otra. Es una reminiscencia del principio romano *venire contra factum propium non valet*, o sea, un *estoppel* que, al decir de Diez Picazo, está embebido en la doctrina de los actos propios.

El *estoppel equitativo* se relaciona con hechos o situaciones del pasado o presente, mientras que el *estoppel promisorio* (*estoppel* promisorio) se enfoca en el futuro o en las promesas. Además, el *estoppel* equitativo se emplea como una defensa para evitar que una persona cambie de opinión respecto a las representaciones que ya ha hecho, en tanto que el *estoppel* promisorio se centra en las promesas hechas.

3.2. El *estoppel* propietario inglés

Lo que hemos estado exponiendo sobre el *estoppel* promisorio es que es un concepto que existe y opera dentro del *common law* estadounidense, actuando como una causa de acción, es decir, como una herramienta ofensiva, y no sólo como una defensa o escudo. En contraste, el *estoppel* equitativo inglés actúa como una defensa (escudo), pero no como una causa de acción (espada), con

1390 Ocasionalmente, en los EE.UU. por ejemplo, algunas Cortes americanas confundieron al principio los términos de "promesa vinculante" ("*Promissory estoppel*") con los de "*estoppel* equitativo", como en *Ricketts v. Scothorn*, 77 N.W. 365, 57 *Neb.* 51 (*Neb.* 1898). En 1909, una corte aplicó el "*estoppel* equitativo" a una promesa de poner un acuerdo dentro del Estatuto de Fraudes por escrito. En verdad lo que la Corte estaba haciendo era ejecutar una promesa e impedir evidencia contra una falsedad. Al principio, tanta confusión existió que algunas cortes basaron sus decisiones en las figuras de fraude antes de aplicar la teoría de la "promesa vinculante". *Dovenmuehle, Inc. v. K-Way Assoc.*, 388 *F.2d* 940, 947 (*7th Cir.* 1968); *Meredith v. John Deere Plow Co.*, 261 *F.2d* 121, 124 (*8th Cir.* 1958); *Swift v. Peterson*, 37 N.W. 2*d* 258, 259, 240 *Iowa.* 715, 719 (*Iowa* 1949).

la excepción del *estoppel* propietario inglés, el cual se asemeja al *estoppel* promisorio estadounidense únicamente en este aspecto.[1391]

En efecto, este *estoppel* propietario inglés, surgió y se desarrolló durante el siglo XIX hasta la actualidad. El principio reza que una persona puede demandar a otra cuando haya confiado en una promesa dada por el demandado, y haya creado una expectativa que vaya en detrimento del demandante.

En Inglaterra, tenemos el caso emblemático de *Dillwyn v. Llewellyn*,[1392] en el cual un padre pensó que le había otorgado a su hijo menor un terreno en Gales, al firmar un memorando y presentárselo "con el fin de amueblar él mismo una casa". El memorando no fue inscrito a modo de escritura pública o documento contractual de transferencia de dominio, o sea de un título o "deed". El hijo menor entonces gasta una enorme cantidad de dinero y construye su casa en el terreno que era como una granja. Cuando muere el padre, el hijo mayor disputó el título (deed) de su hermano menor.

El Juez Lord Westbury aceptó la apelación del hijo menor, expresando:

1391 Ciertamente, la definición de "*estoppel in país*" representa una forma de "*estoppel* o impedimento" que no surge de un documento o título, sino de una acción o conducta. En este caso, una parte se encuentra prevenida o impedida por su propia conducta de obtener un derecho que podría operar en detrimento de otra parte que razonablemente confió en esa conducta. La doctrina que Williston adopta del *common law* inglés, el *estoppel in pais*, posee dos aspectos cruciales. En primer lugar, este *estoppel* es en sí mismo un concepto amplio y completo. En segundo lugar, la confianza justificada perjudicial no constituye en sí una acción legal, sino más bien una defensa probatoria, una regla de evidencia o, en el mejor de los casos, un elemento de respaldo en una acción legal. Vale destacar que, entre la amplia variedad de *estoppels* disponibles, el único *estoppel* que efectivamente constituye una causa de acción legal en sí es el *estoppel* de propiedades, pero abordaremos este tema más adelante. (Cfr. Ngugi, 2007, p. 439).

1392 *Dillwyn v. Llewellyn*, 1862, 45 Eng. Rep. 1285, 1286.

> Sobre las reglas de la Corte no puede haber controversia. Un acuerdo voluntario no será completado ni asistido por un Tribunal de equidad, en los casos de mera donación. Si algo desea completar el título del donatario, un Tribunal de equidad no lo ayudará a obtenerlo; porque un simple donatario no puede tener derecho a reclamar más de lo que ha recibido. **Pero los actos posteriores del donante pueden otorgar al donatario ese derecho o motivo de reclamación que no adquirió de la donación original**. así que si A pone a B en posesión de un terreno y le dice: "Te lo doy para que puedas construir una casa en él", y B sobre la base de esa promesa, con el conocimiento de A, gasta, en consecuencia, una gran suma de dinero en la construcción de una casa, **no puedo dudar de que el donatario adquiere un derecho de la transacción posterior para pedir al donante que ejecute ese contrato y complete la donación imperfecta que se hizo**. El caso es algo análogo al del acuerdo verbal que no es vinculante originalmente por la falta del memorando por escrito firmado por la parte a ser acusada, pero que se vuelve vinculante en virtud de la ejecución posterior de la parte." (*Dillwyn v. Llewellyn*).[1393]

Al final el Juez otorgó al hijo menor el título de propiedad (*deed*) sobre la que había erigido la casa (*fee simple*). Como vemos el concepto de *estoppel propietario inglés* es similar al concepto del *promissory estoppel americano*, por cuanto la ley ampara la confianza del promisario en las promesas vertidas por el promitente que motivaron gastos del promisario en atención a tales promesas.

1393 *Dillwyn v. Llewellyn*, 1862, 45 Eng. Rep. 1285, 1286.

En el caso *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch 179 Court of Appeal[1394] el Señor Alford tenía cinco acres y medio, de los cuales en dos acres construyó complejos industriales, y a su muerte, los otros tres acres y medio fueron vendidos por los herederos al Consejo. Después, los dos acres son vendidos al Señor Crabb, el demandante, quien divide la propiedad en dos partes, una parte para él y la otra parte para el nuevo comprador.

Cuando Crabb vendió los tres acres y medio al Consejo, se estipuló formalmente en el contrato de venta que Crabb tendría una servidumbre para poder tener acceso a su propiedad. Y luego cuando Crabb iba a vender la mitad de sus dos acres a un tercero, Crabbs conversa con el Consejo quien promete darle un acceso adicional para la otra parte del terreno. El asunto es que Crabbs vende la mitad de sus dos acres, justamente la parte de la propiedad que tenía acceso formal por la servidumbre, pero la otra parte del terreno (que la aseguró para él), tenía una servidumbre informal, puesto que no se había estipulado nada por escrito. Cuando Crabbs reclama al Consejo, éste pretende cobrarle $3,000. De tal caso que Crabbs demanda al Consejo para que le permitan tener una servidumbre y no pagar por ella. La Corte inicialmente opinó que Crabbs no tenía derecho a la servidumbre y tenía que pagar, pero en apelación la Corte consideró que Crabbs sí tenía derecho a la servidumbre y no tenía que pagar por ella. La teoría que usó la Corte fue la del *promissory estoppel* aplicado a la propiedad, y lo más sorprendente de esto es que el *promissory estoppel* actúa en un escenario que no es contractual, y ésa es la enseñanza de la doctrina americana. De modo que el Juez Dennings opina:

1394 *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch 179 Court of Appeal.

> Cuando el Señor Millett, QC, por el Señor Crabb, dijo que puso su caso en un *estoppel*, me sacudió un poco: porque comúnmente se supone que ese *estoppel* no es una causa de acción. Pero eso es porque hay *estoppels y estoppels*. Algunos dan lugar a una causa de acción. Algunos no lo hacen. En el caso del *estoppel* llamado *estoppel propietario*, da lugar a una causa de acción.

La habilidad del Juez Denning fue no arrinconar su argumento entre *promissory estoppel* o *estoppel propietario*, porque si se enfrascaba en el *estoppel* equitativo entonces no podría tener derecho a accionar, pero si lo basaba en el *estoppel propietario* (parecido al *promissory estoppel*) entonces sí tenía derecho a accionar.

Otro caso interesante para estudiar en el *common law* inglés, es el caso *Central London Property Trust Ltd.* V. *High Trees House Ltd*, [1947] KB 130, en el cual se consolida la figura del *estoppel propietario* en el *common law* inglés.[1395] En este caso el demandado era una compañía (*High Trees*) que rentó unos apartamentos del demandante (*Central London Property*) para, a su vez, subarrendarlo. Este acuerdo se firmó en 1937, pero en 1939, al estallido de la Segunda Guerra Mundial, *High Trees* no pudo encontrar inquilinos para el edificio, entonces conversa con Central London para que reduzca la renta de 2500 libras a 1250 libras, y el propietario acepta, pero no se pactó el término o el plazo o mayores condiciones. El caso es que el 21 de Setiembre de 1945, al finalizar la guerra, el edificio vuelve a su capacidad completa y el propietario decide regresar a la renta de 2500 libras, y cobrarle 7916 libras que era lo que supuestamente le había perdonado durante el período 1939-1945 debido a la baja ocupación del edificio por la guerra. El propietario plantea la demanda para recobrar parte de la

1395 *Central London Property Trust Ltd.* V. *High Trees House Ltd.*, [1947] KB 130.

deuda por los dos periodos que habían transcurrido desde junio de 1945.

El caso es traído a Corte y el Juez Denning delibera y rompe con el principio legal de que para modificar un contrato tenía que mediar consideración. En este caso el contrato de alquiler inicial de 1937 podría modificarse con nueva consideración, pero no hubo nueva consideración, simplemente fue la promesa del dueño de respetar la reducción de la renta debido a la guerra:

> En cuanto al *estoppel*, esta representación con referencia a la reducción de la renta no fue una representación de un hecho existente, que es la esencia del *estoppel* del *common law*; se trataba de una declaración en vigor en cuanto al futuro, una declaración de que el alquiler no se haría cumplir a la tarifa completa, sino sólo a la tarifa reducida. En el derecho consuetudinario, eso no daría lugar a un *estoppel*, porque. una representación en cuanto al futuro debe estar incorporada como un contrato o no ser nada. Entonces, en el derecho consuetudinario, me parece que no habría respuesta a toda la afirmación... ¿Cuál es, entonces, la posición en vista de la evolución de la ley en los últimos años? La ley no se ha detenido . ¿Ha habido una serie de decisiones en los últimos cincuenta años que, aunque se dice que califican como casos de *promissory estoppel*, no lo son realmente. Se trata de casos de promesas que tenían por objeto crear relaciones jurídicas y que, a sabiendas de la persona que realiza la promesa, iban a ser cumplidas por la parte a la que se hizo la promesa y, de hecho, se han cumplido. En tales casos, los tribunales han dicho que estas promesas deben cumplirse. . estos casos no son *estoppel* en el sentido estricto . La consecuencia lógica, sin duda, es que

una promesa de aceptar una suma menor a cambio de una suma mayor, si se actúa, es vinculante, a pesar de la ausencia de contraprestación y si la fusión de la ley y la equidad conduce a ese resultado, tanto mejor. En este momento del día no es útil tratar de establecer una distinción entre ley y equidad. Se han unido desde hace más de setenta años, y los problemas deben abordarse en un sentido combinado. (*Central London Property v High Trees*).[1396]

Pero, ¿cuál es la posición en vista de la evolución de la ley en los últimos años? La ley no se ha detenido desde *Jorden v. Money* (1854) 5 H. L. C. 185. Ha habido una serie de decisiones en los últimos cincuenta años que, aunque se dice que son casos de *estoppel*, no lo son realmente. Se trata de casos en los que se realizó una promesa que tenía por objeto crear relaciones jurídicas y que, según el conocimiento de quien realiza la promesa, iba a ser cumplida por la persona a quien se hizo y que de hecho así se hizo. en. En tales casos, los tribunales han dicho que la promesa debe cumplirse. Los casos a los que deseo referirme en particular son: *Fenner v. Blake* [1900] 1 P. B. 426, *In re Wickham* (1917) 34 T. L. R. 158, Re *William Porter & Co., Ld.* [1937] 2 Todos E. R. 361 y *Buttery v. Pickard* [1946] W. N. 25. Como he dicho, no son casos de *estoppel* en sentido estricto. En realidad, son promesas, promesas destinadas a ser vinculantes, destinadas a ser cumplidas y, de hecho, cumplidas. *Jorden v. Money* (1854) 5 HLC 185 se puede distinguir, porque allí la promitente dejó en claro que no tenía la intención de estar legalmente obligada, mientras que en los casos a los que me refiero la inferencia adecuada fue que la promitente tenía la intención

1396 *Central London Property v High Trees*, All ER 256; 62 TLR 557; (1947).

de ser vinculado. En cada caso, el tribunal sostuvo que la promesa era vinculante para la parte que la hacía, aunque según el antiguo derecho consuetudinario podría ser difícil encontrar alguna consideración para ello. **Los tribunales no han llegado a dar una causa de acción por daños y perjuicios por el incumplimiento de tal promesa, pero se han negado a permitir que la parte que la realiza actúe de manera incompatible con ella**. Es en ese sentido, y sólo en ese sentido, que tal promesa da lugar a un *estoppel*. **Las decisiones son un resultado natural de la fusión de la ley y la equidad**: para los casos de *Hughes v. Metropolitan Ry. Co.* (1877) 2 App. Cas. 439, 448, *Birmingham y District Land Co. contra Londres y North Western Ry. Co.* (1888) 40 cap. D. 268, 286 y *Salisbury (Marquess) v. Gilmore* [1942] 2 K. B. 38, 51, proporcionan una base suficiente para decir que no se permitiría a una parte en equidad volver atrás en tal promesa. **En mi opinión, ha llegado el momento de que se reconozca la validez de tal promesa**. La consecuencia lógica, sin duda, es que una promesa de aceptar una suma menor a cambio de una suma mayor, si se cumple, es vinculante a pesar de la ausencia de consideración: y si la **fusión de la ley y la equidad** conduce a este resultado, tanto mejor. Ese aspecto no se consideró en *Foakes v. Beer* (1884) 9 App. Cas. 605. Sin embargo, en este momento del día, cuando el derecho y la equidad se han unido durante más de setenta años, los principios deben reconsiderarse a la luz de su efecto combinado. Cabe señalar que, en el Sexto Informe Interino del Comité de Revisión de la Ley, párrafos 35, 40, se recomienda que una promesa como aquella a la que me he referido sea exigible por ley, aunque el promisario no haya recibido consideración. Me parece

que, en la medida que he mencionado, ese resultado se ha logrado ahora mediante las decisiones de los tribunales.

Estoy convencido de que una promesa como la que me he referido es vinculante y la única cuestión que queda por considerar es el alcance de la promesa en el presente caso. Estoy satisfecho con toda la evidencia de que la promesa aquí era que la renta del terreno debería reducirse a £ 1,250 al año como un expediente temporal mientras el bloque de apartamentos no se alquilaba total o sustancialmente debido a las condiciones imperantes. Eso significa que la reducción del alquiler se aplicó a lo largo de los años hasta finales de 1944, pero a principios de 1945 es evidente que los pisos se alquilaron en su totalidad y, de hecho, los alquileres recibidos de ellos (muchos de ellos no se vieron afectados por el Leyes de Restricción de Alquileres), se incrementaron más allá de la cifra en la que originalmente se contemplaba que se alquilaran. En todo caso, la renta debió haber sido muy considerable. **Encuentro que las condiciones que prevalecían en el momento en que se realizó la reducción del alquiler habían desaparecido por completo en los primeros meses de 1945. Estoy convencido de que todas las partes entendieron que la promesa se aplicaba únicamente en las condiciones vigentes en el momento en que se hizo, es decir, cuando los pisos sólo se alquilaron parcialmente, y no se extendió más allá de eso**. Cuando los pisos se alquilaron por completo, a principios de 1945, la reducción dejó de aplicarse.

En esas circunstancias, según la ley que yo sostengo, me parece que el alquiler se paga a la tasa completa para los trimestres que terminan el 29 de septiembre y el 25 de diciembre de 1945.

> Si el caso hubiera sido de *estoppel*, se podría decir que en cualquier caso el *estoppel* cesaría cuando las condiciones a las que se aplicaba la representación llegaran a su fin, o también se podría decir que sólo finalizaría con notificación. En cualquier caso, es sólo una forma de determinar cuál es el alcance de la representación. **Prefiero aplicar el principio de que una promesa destinada a ser vinculante, destinada a ser cumplida y de hecho cumplida, es vinculante en la medida en que sus términos se apliquen correctamente**. Aquí era vinculante, ya que cubría el período hasta principios de 1945, y a partir de ese momento se paga el alquiler completo. (*Central London Property Trust Ltd.* V. *High Trees House Ltd.*)[1397]

Como vemos, Lord Denning trata de consolidar en esta decisión el cúmulo de decisiones que él mismo cita en los cuales se refería a una promesa que se torna vinculante. Hace alusión al *estoppel*, que en sí es una preclusión o una defensa de excepción basado en situaciones de hecho y no en promesas, y advierte que en este caso no se trataba de un caso de *estoppel*, pero sí de una promesa vinculante.

Es necesario, además, advertir uno de los casos que el Lord Denning aludió, es el caso *Hughes v. Metropolitan Railway* (1876-77) LR 2 App Cas 439, en el que el Lord Cairns claramente manifestó las bases del *estoppel* referido a este tipo de casos.[1398]

Los hechos en el caso en mención son simples. El demandante Hughes era propietario de una propiedad que se la renta a la Compañía de Ferrocarril. En dicho contrato de alquiler se especificó que el propietario podía obligarle al inquilino a reparar desperfectos,

1397 *Central London Property Trust Ltd.* V. *High Trees House Ltd.*, [1947] KB 130.
1398 *Hughes v. Metropolitan Railway* (1876-77) LR 2 App Cas 439.

pero tenía que darle al inquilino una notificación de 6 meses de plazo. El tema es que el propietario le da una notificación al inquilino para reparar ciertos daños el 22 de octubre de 1874, lo que significaba que tenía 6 meses para finalizar las reparaciones, o sea tenía hasta el 22 de abril de 1875. Sin embargo, el 28 de noviembre de 1874, el propietario le envía una carta al inquilino con el fin de que el inquilino adquiera intereses en las acciones de la compañía y el propietario empieza a negociar con el inquilino a fin de adquirir la propiedad arrendada. Sin embargo, el propietario no llega a un acuerdo con el inquilino, y al romper estas negociaciones, el propietario exige que el inquilino cumpla con las reparaciones para el 22 de abril. El inquilino se opone ya que entendieron que las negociaciones paralizaron el transcurso de los 6 meses, y que, en todo caso, un nuevo plazo debería empezar bajo una nueva notificación a lo cual se opuso, obviamente, el propietario.

De esta manera el propietario entabla una demanda contra el demandado, perdiéndola en el House of Lords. Este caso partió de la Corte de Common Pleas que le dio la razón al propietario, y luego subió en apelación a la Corte de Apelaciones, que revirtió la sentencia a favor del inquilino, sentencia que es corroborada por la Corte de Casaciones House of Lords. El Lord Cairns manifestó lo siguiente en la decisión que fue aceptada por los otros Lords O'Hagan, Selborne, Blackburn y Gordon.

> Señores, por estos motivos soy de la opinión de que la decisión del Tribunal que figura a continuación es correcta. No se argumentó en el Colegio de Abogados de su Señoría, y no se pudo argumentar, que existía algún derecho de un Tribunal de Equidad, o cualquier práctica de un Tribunal de Equidad, para otorgar reparación en casos de este tipo, a modo de clemencia, o simplemente para salvar la propiedad

> de la confiscación, pero es el primer principio sobre el que proceden todos los Tribunales de Equidad, que si las partes que han celebrado términos definidos y distintos que implican ciertos resultados legales - ciertas sanciones o confiscación legal - luego por su propio acto o con su propio consentimiento entrar en un curso de negociación que tenga el efecto de llevar a una de las partes a suponer que los derechos estrictos que surgen del contrato no se harán cumplir, o se mantendrán en suspenso o en suspensión, la persona que de otro modo hubiera hecho valer esos derechos no podrá hacer valerlos cuando no sea equitativo habida cuenta de los tratos que así han tenido lugar entre las partes. Señorías, repito que no atribuyo aquí al recurrente ninguna intención de aprovecharse, de tender una trampa o de adormecer con una falsa seguridad a aquellos con los que estaba tratando; **pero me parece que ambas partes, al entrar en la negociación que celebraron, hicieron que fuera injusto que el período exacto de seis meses que data del mes de octubre se midiera posteriormente con respecto a los Demandados como el período durante el cual las reparaciones deben ser ejecutadas.** (*Hughes v. Metropolitan Railway*).[1399]

Entonces, como vemos, utilizando un principio de equidad resolvió el tribunal para darle al inquilino más tiempo para reparar. Es de destacar que las Corte inglesas han dado cobertura al *equitable estoppel* inglés como una doctrina muy entroncada con relaciones contractuales preexistentes.

1399 *Hughes v. Metropolitan Railway* (1876-77) LR 2 App Cas 439 (1876-77) LR 2 App Cas 439.

Entonces vemos cómo ha evolucionado la figura del *estoppel* inglés, y del *estoppel propietario* inglés en particular, y su relación con el *Promissory estoppel* americano. El *estoppel* propietario inglés sigue enlazado con situaciones contractuales preexistentes.

Si bien es cierto que el *estoppel* propietario inglés se parece al *promissory estoppel* americano, el *promissory estoppel* americano tiene una cobertura más amplia en el espectro de las negociaciones. Como hemos visto anteriormente, pese a que podamos equiparar el *estoppel* propietario inglés con el *promissory estoppel* americano, queda aún el principio inglés que el *estoppel* solamente puede ser usado como un escudo o defensa mas no como una acción o espada. En el caso que vimos de *High Trees*, Lord Denning mencionó que las Cortes no han ido tan lejos como conceder un derecho de acción por quebrantamiento de la promesa, y esta proposición fue enfatizada por Lord Denning en otro caso *Combe v Combe*:[1400]

> Por mucho que me inclino a favorecer el principio enunciado en el caso de *High Trees*, es importante que

1400 *Combe v Combe*, (1951) 2 K.B. 215, 1 All E.R. 767. En este caso de *estoppel* propietario, en medio de los trámites del divorcio, un esposo promete dar una cantidad de dinero a su esposa. Luego el esposo rehusó realizar dichos pagos, y la esposa demanda al esposo basado en el caso *Central London Property Trust v High Trees House* [1947] KB 130 High Court, pero el mismo Juez Denning explicó que el principio del *promissory estoppel* no podía aplicarse a situaciones donde no existía una base contractual antecedente, y tampoco podía servir en la etapa formativa del contrato. Es decir, el Juez Denning quiso decir que el *promissory estoppel* no se podía usar como espada, mas sí como un escudo. Específicamente opinó:
El principio, según yo lo entiendo, es que, cuando una parte, mediante sus palabras o su conducta, ha hecho al otro una promesa o garantía que tenía por objeto afectar las relaciones jurídicas entre ellos y actuar en consecuencia, la otra parte ha tomado su palabra y ha actuado sobre ella, el que dio la promesa o la seguridad no puede después ser permitido volver a las relaciones legales anteriores como si ninguna promesa o seguridad hubiera sido hecha por él, pero debe aceptar sus relaciones jurídicas sujetas a la cualificación que él mismo ha introducido, aunque no esté respaldada en el punto de vista jurídico por ninguna consideración sino sólo por su palabra.

> no se estire demasiado, no sea que deba agrandarse. Ese principio no crea nuevas señales de acción, donde ninguna había existido antes. Sólo impide que una parte insista en sus estrictos derechos legales, cuando sería injusto permitirle hacer cumplir los mismos, habida cuenta de las transacciones que han tenido lugar entre las partes. (*Combe v Combe*).[1401]

Entonces queda clara que el *estoppel* inglés está asociado a situaciones de hecho, y que el *promissory estoppel* inglés funciona como una defensa o escudo, mas no como una causa de acción o espada, a diferencia del PE americano. De otra parte, existe una limitada aplicación del *estoppel* inglés a temas de transferencia de tierras, en el cual el *estoppel propietario* inglés guarda analogía con el PE americano.

En el caso *Huning v. Ferrer*s, Gilb. Rep. 84, 25 Eng. Rep. 59 (Ch. 1711), el demandante tenía un contrato de arrendamiento por 12 años, al vencimiento de este término el demandante cree que el arrendatario de por vida era el dueño de la propiedad y acuerda una extensión del arrendamiento. El verdadero dueño no sólo sabía de la existencia de este arrendatario de por vida y de tal acuerdo, sino que incentivó al demandante a invertir 2,800 libras esterlinas en dichos molinos. Cuando el arrendatario de por vida fallece, el dueño pretende desalojar al demandante, pero éste entabla una acción para evitar el desalojo y consigue detener tal desalojo porque la Corte opinó que sería fraudulento si el dueño pudiera ejercitar sus derechos legales en detrimento del demandante a quien había incentivado a invertir en la propiedad. La Corte opinó que sería fraudulento si el dueño pudiera ejercitar sus derechos legales en detrimento del demandante

1401 *Combe v Combe*, (1951) 2 K.B. 215, 1 All E.R. 767.

a quien había incentivado a invertir en la propiedad (Ngugi, 2007, p. 470).

Otro ejemplo lo encontramos en el caso de *East India Company v. Vincent*, 2 Atk. 83, 26 Eng. Rep. 451 (Ch. 1740), en el cual existió un acuerdo verbal entre el demandado y el demandante que tenía sus tierras aledañas, y por medio del cual el demandado acordó que el demandante erija un edificio, pero luego del demandado erige una pared que bloqueó la luz del edificio. El juez ordenó que el demandado retire la pared. En esta situación, el caso pudiera haberse resuelto por medio de los principios ajenos al equitable *estoppel* referido a la propiedad, como por ejemplo los principios que dictan que un propietario tiene derecho a un pacífico uso y goce de su propiedad sin restricciones (Ngugi, 2007, p. 471).

En el caso de *Dillwyn v Llewelyn*[1402] 1862 4 De G. F. & J. 517, un hijo construye una casa en el terreno de su padre después que éste promete dejarle ese pedazo de tierra a su muerte. En efecto, al morir, en ausencia de testamento, el hijo se ve con la encrucijada del destino del terreno que lo reputa como propio. La Corte opinó que la conversación entre el padre e hijo no era un contrato por carecer de "consideración", pero que el hijo había adquirido derechos expectaticios en la tierra básicamente porque el hijo había invertido en una construcción de ese terreno, bajo expreso conocimiento del padre.

La doctrina del *estoppel propietario* se ve enunciada correctamente en la opinión disidente de Lord Kingsdown, en el caso *Ramsden v. Dyson*, HL 1866, donde enunció el principio:[1403]

1402 *Dillwyn v. Llewellyn*, 1862, 45 Eng. Rep. 1285, 1286.

1403 *Ramsden v Dyson:* HL 11 May 1866.

> El estado de derecho aplicable al caso me parece ser esto; si un hombre, en virtud de un acuerdo verbal con un arrendador para un cierto interés en la tierra, o lo que equivale a la misma cosa, bajo una expectativa, creada o alentada por el propietario, que tendrá cierto interés, toma posesión de tal tierra, con el consentimiento del propietario y con la fe de tal promesa o expectativa, con el conocimiento del propietario, y sin objeción por él, deposita dinero en la tierra, un Tribunal de equidad obligará al propietario a dar efecto a tal promesa o expectativa. Este fue el principio de la decisión en *Gregorio v. Mighell* 18 Ves. 328 y, como yo concibo, está abierto a ninguna duda. Incluso si hubiera incertidumbre en cuanto a los términos del contrato, un tribunal de equidad podría, sin embargo, interferir para prevenir el fraude, pero no estaba claro qué, en ese caso, remedio debe darse. Las opciones eran entre la concesión de un interés específico en el terreno y la concesión de un recurso de restitución como una compensación monetaria."

En resumen, el *estoppel* promisorio en el *common law* estadounidense y el *estoppel* propietario inglés comparten similitudes en cuanto a su aplicación, ambos reconociendo la validez de promesas no formalizadas en contratos pero que crean expectativas legítimas.

Mientras el *estoppel* promisorio estadounidense se utiliza como una causa de acción, el *estoppel* equitativo inglés sirve principalmente como defensa, con el *estoppel* propietario inglés siendo una notable excepción. Casos emblemáticos como "*Dillwyn v. Llewellyn*" y "*Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*" ilustran cómo promesas basadas en la confianza y actuadas en consecuencia pueden generar derechos legales, aunque el *estoppel* inglés se

mantiene más restringido y vinculado a contextos contractuales preexistentes.

4. CARÁCTER VINCULANTE Y FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PE

La pregunta atinente a este respecto es si la teoría de la promesa vinculante puede complementar la teoría de la consideración contractual,[1404] o tal vez eclipsaría a la misma doctrina de la consideración especialmente al convertirse este PE en un remedio o instrumento de recuperación contractual.

Algunos jueces han estimado que la teoría de la promesa vinculante ("*promissory estoppel*") no es un remedio de recuperación. Por ejemplo los casos N. *Litterio v. Glassman Constr. Co.*, 319 F.2d 736 (1963); *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 133 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (Wis. 1965); *Janke v. Vulcan*, 386 F. Supp. 687, 697 (1974) (sosteniendo que el Estatuto de Fraudes concierne contratos pero que la promesa vinculante concierne promesas sin base contractual); *R.S. Bennett & Co. v. Econ. Mech. Ind.*, 606 F.2d 182, 188 (7th Cir. 1979) (concluyendo que una demanda basada en la promesa vinculante no está limitada por el Estatuto de Fraudes porque no está contractualmente imbuida).

De otra parte, el espectro del potencial crecimiento de la promesa "vinculante", al lado de otros desarrollos emanados de la equidad, sugirieron a muchos a anunciar que la consideración estaba muriendo.[1405]

1404 Bridgeman (2008) comenta que el *estoppel* promisorio proporciona una válvula de seguridad normativa. No es sólo una excepción a la doctrina de la consideración, sino una excepción que se aplica "según lo requiera la justicia". La estrategia es evitar lo que podría denominarse "insensibilidad normativa" incluyendo contenido normativo en la propia ley. De hecho, este tema se ha vuelto común en el derecho contractual moderno (p. 1454).

1405 En este sentido Gamage y Kedem (2006) discuten varias críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que los académicos formalistas no han

Por su parte Gilmore (1974) sostenía que la doctrina de la consideración basada en el intercambio fue abandonada debido a su desintegración en un lado del "detrimento" de la "promesa vinculante" y el otro lado del beneficio por la restitución. El vio que la relación ambigua entre la consideración y la promesa vinculante en el Primer Restatement era resuelta a favor de la promesa vinculante, que fue absorbiendo el principio del intercambio (consideration). La visión profética de Gilmore era que la teoría del contrato se iba a reabsorber en el antiguo campo de la responsabilidad extracontractual ("torts") y que tanto los contratos como los "torts" se iban a juntar en una teoría unificada de acción civil. (Teeven, 2005, p. 330).

Estas declaraciones motivaron un sinnúmero de críticas. Algunos estudios empíricos se realizaron culminando en direcciones encontradas. Un estudio en 1985 de casos reportados sobre la década anterior arrojó que el uso de la doctrina del PE estaba aumentando.[1406] Sin embargo, algunas otras encuestas empíricas sugirieron que Gilmore cayó en el error de aislar la idea de obligaciones no negociadas impuestas por la ley, como Holmes y Williston lo habían hecho antes al sobre-enfatizar el intercambio. Corbin, por su parte, señaló que no interesaba cómo los restarters (autores del Restatement) definieron la consideración, hubo siempre una variedad de razones para ejecutar promesas dentro y fuera de intercambios acordados. (Teeven, 2005, pp. 230 y ss).

Los estudios demuestran que la promesa vinculante (PE) no ha tomado el lugar del intercambio negociado (*consideration*), pero que ha asentado un lugar preponderante en el terreno mercantil contractual. Sin embargo, en algunas situaciones, la teoría de la

---

podido justificar el uso de la consideración en lugar de formas alternativas (pp. 1364-1365).

1406 Farber, D., y Matheson, J. (1985) proveen una encuesta de 222 casos de promesa vinculante encontrados en reportes (pp. 443-497).

promesa vinculante (PE) fue usada en el terreno contractual con resultados interesantes. Así por ejemplo, Traynor unió la promesa vinculante (PE) a nociones de intercambio (consideration) en *Drennan v. Star Paving Co.*, 333 P.2d 757, 760, 51 Cal. 2d 409 (Cal. 1958) al mantener abierto el poder de aceptación, enfatizando el recíproco beneficio del promitente-subcontratista desde que es en su mejor interés que el contratista general obtuviera el contrato con el gobierno.

En el caso de *Drennan v. Star Paving Co., 333 P.2d 757, 760, 51 Cal. 2d 409 (Cal. 1958)*,[1407] un sub-contratista se retracta de su oferta al contratista general después que el contratista general proveyó su oferta general a una licitación. Una vez que ganó la licitación, el demandado revoca su oferta, generando daño y perjuicio al contratista general que confió en la promesa del sub-contratista.

Otro ejemplo es la decisión de Traynor en *Monarco v. Lo Greco*, 220 P.2d 737, 35 Cal. 2d 621 (Cal. 1950), es un ejemplo del uso de la promesa vinculante para superar el Estatuto de Fraudes, permitiendo reemplazar el estatuto sólo si existiera enriquecimiento injusto o inconciencia.[1408] Esta tendencia de Traynor hizo que la teoría de la promesa vinculante no estuviera muy apartada de los trebejos contractuales.

El papel de la promesa vinculante (PE) es vital en el mundo contractual, aunque no ha podido desplazar totalmente la presencia

---

1407 *Drennan v. Star Paving, Co., Drennan v. Star Paving Co.*, 333 P.2d 757, 760, 51 Cal. 2d 409 (Cal. 1958).

1408 Mitchell indica que el Estatuto de Fraudes es una legislación del siglo XVII destinada a desalentar demandas frívolas o maliciosas. Requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito y firmados para ser ejecutables. El Estatuto de Fraudes se menciona varias veces, relacionándolo con la ejecutabilidad de contratos y promesas, y la necesidad de que ciertos acuerdos estén por escrito. Además, Mitchell (2008) sugiere que el Estatuto de Fraudes es una norma legal destinada a prevenir el fraude (pp. 35-40, 110, 248).

de la consideración en el contrato,[1409] aunque su importancia ha quedado reamente reducida. El principal rol de la promesa vinculante ("*promissory estoppel*") es la de proteger la confianza justificada ("justifiable reliance") en la brecha entre una mera promesa y una negociación. Asimismo, tanto la restitución como la promesa vinculante sirven una valiosa función en proveer flexibilidad y justicia y para superar las formalidades de la consideración en circunstancias en las que su confinante definición resulta inútil.

4.1. Base filosófica del PE y su fuerza vinculante

Para comprender la base filosófica y el fundamento del PE podríamos tratar de analizar la figura de la PE y definir si su fuerza vinculante nace de la promesa del promitente que al final es violada o transgredida (por el mismo promisor), o es basada en el reliance (confianza) de la parte promisoria (o aceptante) que actúa en confianza de dicha promesa.

No vamos a profundizar nuestro análisis dentro de las corrientes de la economía política o la filosofía, o fijar nuestro análisis en dichas estructuras. Por ejemplo, la teoría de David Ricardo de la creación del valor o la teoría de la renta, que dice que el valor de intercambio de una mercancía dependía de la cantidad de trabajo encarnado en el producto. Dicha teoría es tomada en el Siglo XIX por Marx para crear su teoría de la plusvalía a partir de la teoría del valor laboral, postulando que el exceso de valor de un producto era producto entero de los trabajadores, y que los capitalistas (o los caseros) cuya inversión contribuyó a la producción no tenía ningún derecho a ninguna parte de la mercancía. Esta visión, dice Atiya, es extrema y

1409 Barnett (1996) analiza dos teorías principales de la consideración: la "teoría del consentimiento del contrato" y la "teoría de la transferencia de título" del contrato. La teoría del consentimiento se enfoca en la manifestación del consentimiento para estar legalmente obligado, mientras que la teoría de la transferencia de título se basa en los derechos de propiedad (p. 522).

nunca tuvo una influencia significativa en abogados o en operadores políticos, y puede ser desplazada por irrelevante (Atiyah. 1979, pp. 316-317).

Tampoco hemos tratado de analizar la justicia o la eficiencia del sistema del PE o de la CIC a partir del análisis económico del derecho de Posner. Para Posner, el *common law* es un sistema creado para maximizar la riqueza de la sociedad, mientras que sistemas estatutarios están menos premunidos para promover eficiencia, aunque estén iluminados de un análisis económico. (Posner, 1998, p. 27).

Por su parte Posner también predica que el análisis del derecho se sujeta a principios económicos (Kraus, J. 2008, p. 190.). El caso de *State v. Bentley* 41 N.W. 338 WIS 1889, es resuelto en términos económicos. Se trata del caso del constructor Bentley que es contratado por el Estado para ampliar unos edificios, que resultan derrumbándose debido a la pobre arquitectura. La Corte decide exculpar a Bentley sin expresar la política subyacente, y Posner lee entrelíneas explicando que, para el análisis económico del derecho, es más barato ubicar el costo de la reparación en el Estado que en los hombres de Bentley que podría buscar un seguro más barato.

Lo curioso del análisis económico del derecho es que el mismo Posner (2003) explica que dicha teoría no haya producido una teoría económica del contrato. (p. 830) Es más, Posner (2003) critica a diversos autores que pretendieron encontrar una teoría económica en el contrato (tales como Holmes, Llewellyn, Hale and Fuller) antes de 1970 (ya que la teoría económica del derecho nació en 1970), tildando sus acercamientos de "banales" debido a que la teoría posterior a 1970 es más sistemática y cuidadosa. (p. 831).

Sin embargo, el problema de este análisis económico del derecho es que presume que el resultado de la decisión jurídica pasa

necesariamente por un enunciado económico que se supone gobierna el pensamiento del juez al momento de decidir; sin embargo, una resolución judicial es el resultado no solamente de una elaboración económica sino de una determinación política que responde a intereses o políticas o filosofías que el Juez comparte y sobre las cuales basa su decisión. Políticas, filosofías y consideraciones sociales que lo vinculan a su línea de pensamiento, que responde a lo que ciertos grupos sociales reclaman o ven como justo.

Y en cuanto al *detrimental reliance*, Posner explica el caso de aquel joven que renuncia a su trabajo a tiempo parcial en atención a la promesa del hombre rico de pagar su pensión de universidad, donde pese a que no existe consideración en el sentido realista, la ley trata aquel incumplimiento de contrato como un quebrantamiento contractual a través de la ficción del *detrimental reliance* (renuncia al trabajo parcial) como una forma de consideración. (Posner, 1998, 108).

Por otro lado, nuestro estudio sobre la efectividad y justicia de una institución sobre otra requiere analizar el derecho desde una perspectiva múltiple que incluya un análisis triádico de normas, conductas y valores, que interactúan entre sí para determinar cuál es más eficiente y justa. Sin embargo, dentro de la misma institución del *estoppel* promisorio (PE), surge otra pregunta: si el PE responde completamente a la promesa como una fuerza vinculante o al reliance (confianza) del aceptante o promisario.

Para Gilmore (1974), como se analizó anteriormente en el capítulo IV, observamos cómo la fuerza de la autonomía de la voluntad va cediendo terreno ante el concepto de reliance (confianza). Este cambio incluso sugiere el declive de los contratos como manifestaciones de la voluntad individual, dando paso a una era en la que predomina el reliance (p. 68).

Ahora bien, en cuanto al tema sobre las representaciones o promesas que el promitente otorga al promisario, como hemos visto en apartados anteriores, la teoría contractual ha experimentado una expansión con respecto al tema de las promesas. La Jurisprudencia ha utilizado la doctrina del PE no solamente para casos de responsabilidad precontractual sino también para múltiples situaciones que no solamente se restringen al tema de la responsabilidad precontractual. Por ejemplo, tenemos el caso de *Garcia v. Von Micsky*, 602 F. 2d 51 (2d Cir. 1979),[1410] donde la demandante Sra. García, se somete a una ligadura de trompas en manos del demandado Dr. Von Micsky, quien le asegura que después de la ligadura ella era completamente estéril y ya no iba a tener hijos. Error, después de la ligadura, la demandante queda embarazada, el Dr. Von Micsky fallece, y la Sra. García tiene que someterse a un aborto. Como consecuencia de estos gastos, la demandante demanda a la sucesión del Dr. Von Micsky, y la Corte ampara su demanda basada en la teoría del PE, artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos.

Otro ejemplo, en el tema de *Wachovia Bank v. Rubish*, 306 N.C. 417, 293 S.E.2d 749 (N.C. 1982)[1411] en el cual el banco había alquilado una oficina al inquilino Rubish y se había estipulado en el contrato que para poder renovarlo Rubish tenía que dar una nota escrita al banco para tal renovación, año tras año. Pues bien, el Banco no solicitó esa notificación por escrito, ni el inquilino se la dio por el espacio de 2 años, y después de haber recogido la renta puntualmente el banco demanda al inquilino por no haberle dado la notificación pactada durante los dos últimos años, pero la Corte le niega la demanda puesto que el banco había perdonado la omisión del requisito de la nota escrita, y había aceptado las rentas del inquilino, ante lo cual

1410 *Garcia v. Von Micsky*, 602 F. 2d 51 (2d Cir. 1979).

1411 *Wachovia Bank v. Rubish*, 306 N.C. 417, 293 S.E.2d 749 (N.C. 1982).

la Corte opinó que debido a esas características, debía aplicarse la teoría del PE, así los sostuvo el Juez Exum en su resolución:

> Sin embargo, existe evidencia a partir de la cual el jurado pudo encontrar que Wachovia fue impedida para exigir una notificación por escrito sobre la teoría del *promissory estoppel*, en oposición al *equitable estoppel*. La teoría se basa en la proposición de que el Sr. Baker había renunciado a dos infracciones de la condición de notificación por escrito, y el demandado se había basado en la promesa implícita de estas exenciones de que no se requeriría ninguna notificación por escrito a partir de entonces. Por lo tanto, el Sr. Baker, si hubiera vivido, no podría afirmar el requisito de notificación por escrito sin informar al demandado que se requeriría una notificación por escrito, y Wachovia se pone en el lugar del Sr. Baker. (*Wachovia Bank v. Rubish*, 306 N.C. 417, 293 S.E.2d 749 (N.C. 1982).[1412]

Otro caso interesante de estudio es el de *Katz v. Danny Dare, Inc.*, 22 Ill.610 S.W.2d 121 (Mo. Ct. App. 1980).[1413] En este caso el demandante trabajaba para la compañía Danny Dare, Inc. En una oportunidad se golpeó la cabeza durante el trabajo al momento de retirar un dinero, y entonces la compañía le convenció al trabajador de que se retire y

---

1412 Ahora bien, comparar estos casos con el RINP, resulta impreciso puesto que estos casos no están diseñados para ser estudiados a partir de una responsabilidad precontractual, sino que se basan en un contrato, en una actitud o en un hecho u omisión que se lo equipara a una promesa y que viaja paralelamente al contrato para generar una expectativa, una acción u omisión en la otra parte, y que en efecto, dicha segunda parte actúa o deja de actuar en función a dichas acciones u omisiones; lo cual dista de la doctrina de la RINP que exige un deber de actuar de buena fe en una negociación preliminar, pero en estos casos no hay negociaciones preliminares, por cuanto las promesas acaecen después de la celebración de un contrato.

1413 *Katz v. Danny Dare, Inc.*, 1989, 610 S.W. 3d, 121, Missouri Court of Appeals, Western District.

le premió prometiéndole $13,000 de por vida por año como pensión cuando se retirase. El trabajador testificó durante el juicio de que, de no haber sido por el incentivo de su pensión, nunca se habría retirado. La compañía le pagó durante dos años dicha pensión y luego se negó a seguir pagando. El empleado continuó trabajando a tiempo parcial para la compañía y para otra compañía también. Entonces Danny Dare rebajó el monto de los cheques bajo el argumento que el trabajador había recobrado su capacidad para trabajar. Katz demandó a la compañía para recobrar el monto total de la pensión prometida bajo la premisa del *Promissory estoppel*. La Corte aceptó la demanda bajo tal teoría, ya que hubo un "*detrimental reliance*" (confianza detrimental) de carácter substancial. El Demandado *Danny Dare* argumentó que el Demandante tuvo que elegir entre el retiro o ser despedido, entonces el *promissory estoppel* no aplicaba porque no hubo "bargain" (intercambio), o sea no hubo consideración. La Corte no concordó, anotando que esas dos opciones parecen que no eran las únicas debido a que la compañía invirtió mucho tiempo para convencer a Katz a que se retire. Bajo estas circunstancias, la Corte determinó que el retiro fue claramente voluntario.

En realidad, la corte originalmente desestimó la demanda, respaldando el argumento presentado por la empresa demandada. Sostenía que el demandante, Katz, habría sido despedido de todas formas y que el paquete de incentivos de jubilación no constituía una forma de confianza perjudicial para Katz. Esto se debía a que la empresa sostenía que Katz nunca iba a ser despedido, ya que había sido un empleado leal que había sufrido problemas de salud como resultado de haber prevenido un robo en la empresa años atrás. Además, Katz era cuñado del presidente de la compañía, Harry Shopmaker.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Missouri revocó esta decisión, argumentando que la promesa de ofrecer el paquete de

jubilación se había estado discutiendo durante un año y que no existía la intención de despedir a Katz. Además, consideraron que Katz podría haber continuado trabajando si no hubiera confiado detrimentalmente en la promesa de la empresa.

De esta manera, el Tribunal de Apelaciones de Missouri determinó que la promesa de pagos de pensión hecha a Katz por Danny Dare, Inc. era vinculante bajo la Doctrina de *Estoppel* Promisorio. El tribunal afirmó que Katz había satisfecho los elementos necesarios del *estoppel promisorio* y, por lo tanto, debería recibir la pensión que le adeudaba Danny Dare, Inc. En consecuencia, el caso fue revocado y devuelto para su reconsideración con esta nueva interpretación.[1414]

Como vemos, la Corte decidió prudentemente este caso por el tema del *Promissory estoppel* en el sentido que encontró los elementos bien claros y fundados. El empleado Katz confió en una promesa que le hizo su empleador (Danny Dare), y en base a tal promesa se retira de su trabajo, para luego comprobar que después de unos años su empleador incumple la promesa de pagarle los $13,000 por año como lo había prometido. La injusticia que podría evitarse solamente es a partir de la operatividad de la doctrina del PE. La Corte opinó que no era necesario que Katz demuestre que renunció a un derecho que le correspondía (como era el derecho a trabajar que lo renuncia a partir de la herida en su cabeza sostenida como accidente en el lugar del trabajo).

1414 Para Knapp (1998), este caso podría haberse resuelto por ambas doctrinas, ya sea por la del "bargain" o del reliance", porque la Corte de Apelaciones vio que hubo una negociación antes que Katz decidiera confiar en la promesa de la Compañía; pero, por otra parte, es cierto que dicha promesa motivó un cambio de posición de Katz (p.1255.) Esto demuestra que la teoría del PE tiene un carácter contractual y no extracontractual y su fuerza vinculante parte a partir de las falencias de la consideración, muchas veces con una superposición entre el *bargain* (teoría del intercambio) y el reliance (teoría del PE).

En cambio, en el caso de *Hayes v. Plantations Steel Co.*, 438 A.2d 1091 (R.I. 1982)[1415] se resuelve de manera diferente: Hayes había trabajado por 25 años para la compañía Plantations, eventualmente siendo ascendido a la posición de manager general. En 1972 Hayes anunció su decisión de retirarse, y el presidente de Plantations Hugo Mainelly, le dijo a Hayes que la compañía continuaría pagándole a Hayes una pensión anual de $5,000 después de su retiro, sin especificar un límite de tiempo. En realidad, ese dinero le es pagado a Hayes solamente por 4 años y luego se detiene dicho pago cuando empiezan a haber problemas económicos en la empresa Plantations.

Cuando Hayes se queja y plantea se demanda, se determina que Hayes había manifestado su decisión de retirarse de la compañía mucho tiempo antes que se le prometan los $5,000 anuales por retiro, por ese motivo la Corte evaluó vio el elemento de la confianza detrimental. O sea, no existió una promesa de Plantations que induzca a Hayes a retirarse, porque ya Hayes tuvo la intención de retirarse antes que Plantations le ofrezca la pensión de $5,000, de modo que Hayes no se retira basado en la confianza de dicha pensión.

En el caso *Hayes v. Plantations Steel Co.*, la Corte Suprema de Rhode Island revocó el fallo del tribunal inferior que había dictaminado que Plantations Steel Company debía pagar a Hayes una pensión anual de $5,000. La corte determinó que no había consideración válida para la promesa de la pensión, ya que Hayes ya había decidido retirarse antes de que se hiciera dicha promesa, y su decisión no fue influenciada por ninguna declaración o conducta de la compañía. La expectativa de Hayes de recibir una pensión no estaba basada en ninguna declaración hecha por un oficial de la compañía o en su conducta hacia él en enero de 1972. Por lo tanto, se concluyó que la promesa de una pensión no era legalmente exigible.

1415 *Hayes v. Plantations Steel Co.*, 438 A.2d 1091 (R.I. 1982).

La corte también consideró que la afirmación de Hugo Mainelli Jr. de que la compañía "cuidaría" de Hayes no constituía una promesa directa y definida de pagarle una pensión. Aunque hubo pagos durante varios años, la corte halló que no había suficiente base para un contrato implícito ni para aplicar la doctrina del *estoppel* promisorio, ya que Hayes no modificó su posición en gran medida debido a la promesa de Mainelli. Además, la corte señaló que la mera expectativa de Hayes, sumada al hecho de que se habían realizado pagos durante varios años, no era suficiente para satisfacer los requisitos de confianza bajo la doctrina del *estoppel* promisorio.

Por estas razones, la apelación del demandado fue sostenida y el juicio del Tribunal Superior fue revocado, devolviendo los documentos del caso a dicho tribunal.

La esencia del *estoppel* promisorio (PE) reside en el reconocimiento de la existencia de un "*detrimental reliance*",[1416] es decir, la confianza depositada por el aceptante de una promesa (promisario) en las promesas del promitente. Esta confianza lleva al promisario a cambiar su posición de una manera que resulta perjudicial o detrimental para sus intereses. A partir de este *detrimental reliance* surge la necesidad de resarcir o indemnizar el daño causado. En otras palabras, el PE se activa cuando la confianza del promisario en la promesa del promitente resulta en una acción o inacción que perjudica sus intereses, creando así una obligación legal para el promitente de compensar al promisario por las pérdidas o daños sufridos debido a esa confianza.

1416 Gordley (1995) sugiere que el *estoppel* promisorio surgió como una forma de explicar casos que no encajaban fácilmente en la definición de la consideración como un "acuerdo" (pp. 563-565).

4.2. Influencia del *Promissory estoppel* en Australia

a) El Caso *Waltons* como partida de nacimiento

El afán de tener una teoría unificada en el Derecho Inglés no se ha logrado aún, como sí se ha logrado en los EE.UU. a través de la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos. La doctrina del *promissory estoppel*, unificada, ha sido entonces la misma doctrina del derecho inglés, pero ha sido "americanizada" corregida y aumentada, y reexportada al Commonwealth, como por ejemplo a Australia.[1417]

Australia acoge la teoría del *promissory estoppel* a partir de la influencia del caso del *common law* inglés *Central London Property Trust v. High Trees House Ltd*[1418] de Inglaterra. Como se recordará, este caso se refiere a las promesas realizadas por el propietario de unos apartamentos a un inquilino durante el Segundo Guerra Mundial. Debido a la guerra, los subarrendatarios pagaban una renta reducida. El arrendatario y el arrendador acordaron verbalmente reducir la renta durante la guerra, pero al finalizarla, el arrendador buscó recuperar la diferencia y exigir el pago completo. El juez Denning emitió una sólida decisión basada en el *estoppel*. Según el

1417 Ngugi (2007) piensa: "Como veremos pronto, sin embargo, tribunales ingleses están llegando a un resultado similar, no explícitamente invalidando la limitación de Combe, pero argumentando la reunificación del *estoppel* que no distinga entre el *estoppel* promisorio y el propietario. El resultado de tal unificación sería hacer vinculantes todas las representaciones en las que justificadamente haya dependencia del promitente; en otras palabras, llevar el derecho inglés con los desarrollos en la doctrina americana como es propugnada en la sección 90 del Segundo Restatement de contratos (segunda actualización). Curiosamente, la inspiración para esta "unificación" parece no directamente de los Estados Unidos, donde la doctrina de *estoppel* promisorio funcionalmente alcanzó dicha unificación, sino de los países del Commonwealth que han adoptado la formulación americana de la doctrina de *estoppel* promisorio, como Australia. Si esta tendencia continúa y se convierte en derecho inglés establecido en la ley, el *promissory estoppel* completaría un viaje intrigante como un trasplante jurídico: de Inglaterra a los Estados Unidos; y de nuevo a Inglaterra a través del Commonwealth. En cualquier caso, sería un caso de éxito notable para un trasplante legal" (p. 483).

1418 *Central London Property Trust v. High Trees House Ltd.*, KB 130 (1947).

derecho consuetudinario, una afirmación sobre el futuro no daría lugar a un *estoppel* a menos que esté incorporada como un contrato. Sin embargo, en casos en los que las promesas tienen la intención de crear relaciones jurídicas y se cumplen conscientemente, los tribunales han sostenido que estas promesas deben ser cumplidas. En este caso, se consideró que la promesa de aceptar una renta reducida era vinculante, a pesar de la falta de consideración. El juez señaló que la ley y la equidad deben ser consideradas juntas y abordar los problemas en ese sentido.[1419]

De modo que el caso emblemático del derecho australiano lo encontramos en *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher.*[1420] Aunque Graw (1998, p. 98-99) piensa que este caso se basó en *Central London Property Trust v. High Trees House Ltd.*, una lectura atenta de la decisión del Juez nos brinda la convicción de que la Corte también se basó en el caso americano *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown*,[1421] como lo veremos enseguida.

Este caso trata de que un potencial inquilino Waltons (demandado en la acción principal), entró en negociaciones para alquilar un local comercial en la zona de Nowra con el dueño de un local comercial (Maher, demandante en el proceso de primera instancia). Los abogados de ambas partes entraron en negociaciones de intercambio de acuerdos. Si bien es cierto no se llegó a firmar un acuerdo final, sí existieron una serie de intercambio de documentos, lo que aunado al silencio de parte de los abogados del potencial inquilino (demandado) indujo al dueño Maher (demandante) a creer y confiar en que el

1419 Este caso se aborda más ampliamente en la sección del *Estoppel Propietario* inglés en este mismo capítulo.

1420 *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988) 164 CLR 387.

1421 *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown*, 159 N.E. 173, 175, 176, 246 N.Y. 369 (1927).

acuerdo final sería firmado por el inquilino y procedió a demoler una parte de las estructuras para acomodar al futuro inquilino Waltons.

Después de realizar la demolición, Waltons se rehusó a firmar el acuerdo final y Maher lo demandó aduciendo que existió un contrato y que Waltons estaba impedido (*estopped*) de negar la existencia de un contrato vinculante para arrendar las instalaciones del demandante. Maher demandó a Waltons por ejecución forzosa, y ganó las dos instancias, de modo que Waltons presenta esta apelación ante el tribunal supremo. Este era el asunto central, y en caso afirmativo, determinar si el demandante (el dueño Maher) puede respaldar la orden emitida por el juez de primera instancia (Kearney J.), confirmada por la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur, que establece que el apelante Waltons (demandado inquilino) debe pagar daños y perjuicios en lugar del cumplimiento específico de un acuerdo de arrendamiento.

El *estoppel* en este caso se basa en una serie de eventos que comenzaron con discusiones y correspondencia entre los abogados de ambas partes en las primeras semanas de noviembre de 1983. Durante las negociaciones, se acordaron enmiendas al contrato de arrendamiento y se establecieron fechas límite para la finalización de la construcción del edificio. En una conversación crucial el 7 de noviembre, se discutió la necesidad de llegar a un acuerdo en los próximos días debido a los plazos que debían cumplirse. Se mencionó que las instrucciones verbales de Waltons Stores indicaban que las enmiendas eran aceptables. Aunque se enviaron documentos con las enmiendas acordadas y se solicitaron la aprobación del apelante (el propietario-arrendatario), este decidió no proceder con el acuerdo debido a un cambio en su política minorista. A pesar de esto, la construcción del edificio continuó según los planes aprobados por el apelante. No hubo un intercambio formal de contratos y en ningún momento se informó a los demandantes que se había realizado el

intercambio. Ambas partes consideraban el intercambio de contratos como un requisito esencial para crear un contrato vinculante.

Una cuestión central en este caso es si los demandantes tenían una creencia razonable[1422] de que se había alcanzado un acuerdo vinculante entre las partes. El juez de primera instancia aceptó la versión del demandante de que asumieron que el intercambio de propuestas era sólo una formalidad y que estaban obligados a proceder con el proyecto de construcción.

El tribunal de apelaciones también consideró que el demandado tenía la responsabilidad de informar a los demandantes que su suposición -de que se habían intercambiado contratos o que existía un contrato vinculante- era incorrecta. Según el tribunal, el demandado debió haberles comunicado que no tenía la intención de realizar el intercambio de propuestas hasta que tomara una decisión final sobre su estrategia.

El *estoppel* establecido por los demandantes y encontrado por el juez principal era un *estoppel* común en forma de representación por parte del apelante, constituida por su silencio en circunstancias en las que debería haber comunicado su disconformidad con las propuestas contractuales o su desavenencia con el acuerdo en general. De esta manera el Tribunal Supremo confirmó las decisiones del Juez de primera instancia.

Como lo habíamos enunciado al principio, el caso Waltons inaugura formalmente el inicio del *promissory estoppel* en Australia. Sin embargo, como lo sostuvo Graw (1998) "el ámbito exacto del

1422 Mc Kendricks (2017) menciona que, según la Corte Suprema de Australia en el caso *Waltons Stores v Maher*, el *estoppel* promisorio puede crear una causa de acción en un caso apropiado. La función del *estoppel* es evitar el detrimento que sufriría el promisario o aceptante como resultado de la conducta inadmisible del promisor, ofertante o promitente al apartarse de los términos de su promesa (pp. 156-157).

promissory estoppel no es enteramente claro". De modo que al amparo del análisis de este caso (Waltons) vamos a proceder a estudiar la fisonomía del PE en Australia.

b) Elementos del *Promissory estoppel* en el *common law* australiano

A partir de *Waltons*[1423] se elaboraron los siguientes elementos:

1. Alguna forma de relación legal preexistente entre las partes bajo el cual derechos existieron o fueron esperados de ser creados (Graw, 1998, p. 100).

Como vimos anteriormente en el *common law* americano, no hay necesidad de esta relación preexistente.

2. Una promesa, compromiso o garantía (que puede ser expresa o implícita, siempre y cuando sea clara, inequívoco y sin ambigüedades) por parte de una de las partes de que él o ella no insistirá en sus estrictos derechos legales (Graw, 1998, p. 100).

Por su parte, en el *common law* americano, como lo vimos anteriormente, es necesaria solamente una promesa o representación, porque de allí empieza la teoría, pero no es necesario que exista una renuncia a futuros derechos legales. Anteriormente vimos que el PE ha evolucionado y la renuncia a este tipo de derechos es solamente una vertiente de las muchas que el PE tiene, de modo que este elemento es también discutible.

El Tribunal lo expresó en *Waltons*,[1424] de la siguiente manera:

> La falta de acción del apelante, en todas las circunstancias, constituyó un claro estímulo o inducción para que los demandados continuaran actuando en base a la suposición

1423 *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988) 164 CLR 387.
1424 *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988) 164 CLR 387.

> que habían hecho. Fue injusto que el apelante, sabiendo que los demandados se estaban perjudicando al actuar en base a una suposición falsa, adoptara un curso de inacción que los alentara en el camino que habían elegido. Para expresar el punto en el lenguaje del *promissory estoppel*, el apelante está impedido en todas las circunstancias de retractarse de su promesa implícita de completar el contrato. (Párrafo 38, pp. 25-26).

3. Reliance: una confianza real por parte de la otra parte en la promesa, compromiso o garantía. Este extremo es común al PE americano.

Por su parte, el tribunal en *Waltons*,[1425] explicó cómo el numeral 90 del Segundo Restatement de Contratos[1426] es percibido:

> La proposición establecida en el punto 90(1) del Restatement parece, a primera vista, reflejar una conexión más estrecha con el derecho general de contratos que nuestra doctrina del *promissory estoppel*, con sus orígenes en el concepto equitativo de conducta injusta, podría permitir. Esto se debe a que, en los Estados Unidos, el *promissory estoppel* se ha convertido en un equivalente o sustituto de la consideración en la formación de contratos, siendo el perjuicio un elemento común a ambas doctrinas. No obstante, la proposición, al condicionar la ejecución de la promesa a (a) una expectativa razonable por parte del promisor de que su promesa inducirá a la acción o abstención por parte del beneficiario de la promesa, y (b) la imposibilidad de evitar

1425 *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988) 164 CLR 387.

1426 American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

> la injusticia por otros medios, deja claro que la promesa se ejecuta en circunstancias en las que apartarse de ella resultaría en una conducta injusta. Cabe destacar que el énfasis recae en la expectativa razonable del promisor de que su promesa inducirá a la acción o abstención, no en el hecho de que haya creado o fomentado una expectativa en el beneficiario de cumplimiento de la promesa (párrafo 26, p. 18).

4. Detrimento, que Graw (1998) lo describe como: "un elemento de perjuicio en el que, debido a que actúa en base a la suposición, el beneficiario de la promesa se encuentra en una posición peor (cuando resulta que la suposición es falsa) de la que estaría si la promesa, compromiso o garantía nunca se hubiera realizado" (p. 100).

Como lo vimos anteriormente, el PE se basa en la interacción entre el detrimento y el reliance, pero no es necesario determinar si la promesa era falsa o no, es decir, es irrelevante el estado mental de la parte que promete. En el anexo III veremos que la buena fe (de la CIC) se presume y la mala fe debe ser probada, asimismo anteriormente vimos que el *estoppel* inglés se basa en una *misrepresentación* (una falsedad del promitente); sin embargo, para el PE el estado mental del promitente es irrelevante, a menos que estemos frente a la figura del *misrepresentation*, donde la malicia o la mala fe es necesario demostrarla para solicitar una indemnización.

5. El elemento de falta de equidad, o injusticia. Este extremo es parecido al del PE americano. En efecto, en este sentido el tribunal en *Waltons*,[1427] establece que:

1427 *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988) 164 CLR 387.

> Existen argumentos válidos en estas objeciones y puede que no sea una respuesta suficiente repetir las palabras del Lord Denning M.R. en el caso *Crabb v. Arun District Council* [1975] EWCA Civ 7; (1976) Ch 179, en la página 187: "La equidad interviene, fiel a su forma, para mitigar los rigores de la ley estricta". Es cierto que, en el caso ortodoxo del *promissory estoppel*, donde el promisor promete que no ejercerá o hará valer un derecho existente, los elementos de la confianza y el perjuicio atraen la intervención equitativa sobre la base de que es inaceptable para el promisor apartarse de su promesa si hacerlo resultará en perjuicio para el beneficiario de la promesa. (Párrafo 23).

c) Limitaciones de la doctrina del PE

Analizando el caso *Waltons*, podemos colegir que existen dos vertientes de influencia en esta decisión. Por una parte, el *promissory estoppel* norteamericano y por otra el *estoppel* inglés. Vamos a estudiar brevemente ambas vertientes.

Por parte de la vertiente inglesa, y basado en el caso *High Trees*[1428] analizado anteriormente, el PE australiano se limita a buscar el menos remedio para rectificar el detrimento (Graw, 1993, p. 100). Sin embargo, como lo veremos en el anexo IV de esta obra, el PE americano no solamente se detiene en la búsqueda del interés negativo (daño emergente) sino también muchas veces en la búsqueda del interés positivo[1429] (lucro cesante), cuando el demandante pueda

1428 *Central London Property v High Trees*, [1947] KB 130; [1956] 1 All ER 256; 62 TLR 557; (1947).

1429 De la misma forma, Knapp (1998) ha planteado que la figura del *promissory estoppel* puede ser la base no solamente para los daños basados en el daño detrimental (daño emergente) sino también en el daño expectativo (lucro cesante) (pp. 1251-1252).

demostrar los daños con un grado de certeza razonable o hasta la ejecución forzosa.

De otra parte, bajo la influencia del caso *Combe v. Combe*[1430] ya estudiado anteriormente, la figura del *estoppel* quedó como una defensa (figura de escudo), y no como una acción (de espada), es decir, históricamente el PE inglés no es una causa nueva de acción sino es un instrumento de defensa. Sin embargo, el *common law* australiano, motivado por el caso *Allegheny College*[1431] -que ve en el PE un sustituto de la consideración, como lo vimos anteriormente- ha resuelto este dilema y ha concluido que, pese a que el *estoppel* no crea una nueva acción, el PE puede servir de base fáctica para que el demandante fundamente su derecho de acción. Así, Graw (1993) lo expresa: El *estoppel* promisorio puede ser utilizado como una defensa, pero ese no es su único uso. También puede ser utilizado de manera agresiva, no para crear una causa de acción, sino "como fundamento fáctico de una causa de acción que surge bajo principios ordinarios de derecho" (p. 103).

5. DISTINCIÓN ENTRE LA PE Y OTRAS FIGURAS

5.1. La consideración y la causa

Vamos a estudiar brevemente cómo los operadores del *common law* han identificado de alguna manera la teoría de la consideración del *common law* con la teoría de la causa clásica del *civil law*.[1432]

1430 *Combe v. Combe*, 2 KB 215. [1951].

1431 *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown*, 159 N.E. 173, 175, 176, 246 N.Y. 369 (1927).

1432 Para un estudio profundo sobre la teoría de la causa desde la perspectiva del Derecho Romano, pasando por la Edad Media, hasta culminar en la redacción del Código de Napoleón de 1804 sobre la causa clásica de Domat y Pothier, para luego pasar por las teorías anticausalistas de Ernst, y dar lugar al neocausalismo de Josserand y las teorías italianas de la función, remitimos al lector a la obra "El Cuarto Lado del Triángulo. El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico." (Lizárraga, 2000.)

Para ello hagamos, brevemente, un poco de historia de la teoría de la causa. En el derecho romano, no existió una única concepción técnico-jurídica de la causa.[1433] Más bien, se presentaron múltiples interpretaciones del término. Este enfoque estaba orientado a las "manifestaciones externas de las sustantividades básicas",[1434] dentro de una Babel terminológica de los textos romanos.[1435] Este panorama muestra que, en Roma, la comprensión de la causa era compleja y no se limitaba a una sola definición técnica o jurídica.

García de Enterría (1965) sugiere que el problema de la causa se plantea inicialmente en el derecho romano a raíz de los contratos innominados (p. 545), que en realidad son contratos reales

Por su parte, Bernal Fandiño (2006) señala que hubo una "importante corriente anticausalista" a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Este movimiento criticó a la causa por ser un concepto ajeno al derecho romano y por considerarla innecesaria, ya que se veía como superpuesta con las nociones de consentimiento y objeto (p. 230).

1433 En el Digesto (7.2) (2.14) encontramos: "7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV. Algunas convenciones basadas en el Derecho de Gentes dan lugar a acciones, y otras dan lugar a excepciones.
(1) Aquellas que dan lugar a acciones no son conocidas por sus propios nombres, sino que se engloban bajo la designación especial de contratos; como compra, venta, alquiler, sociedad, préstamo, depósito y otros términos similares.
(2) Cuando el asunto no ha sido incluido bajo alguna categoría de contrato especial, entonces, como Aristo muy acertadamente le dijo a Celso, existe una obligación; como, por ejemplo, yo te di algo con el entendimiento de que tú me darías otra cosa; o te di algo con el entendimiento de que realizarías algún acto, y esto es sinallagma, es decir, un acuerdo mutuo, y de ello surgirá una obligación civil. Por lo tanto, soy de la opinión de que Juliano fue muy justamente criticado por Mauriciano por su decisión en el siguiente caso: "Te di a Stichus con el entendimiento de que manumitirías a Pamphilus; lo manumitiste, pero Stichus fue desalojado por otra parte". Juliano sostiene que el Pretor debería conceder una acción de hecho; pero el primero dice que hay una acción civil por un objeto que es incierto, es decir, una en términos prescritos, pues hay un contrato que Aristo llama sunallagma, y de esto se deriva la acción. Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

1434 Cfr. Ourliac y De Malaffose (1960, pp. 296-297).

1435 Gorla, 1959, p. 317.

innominados.[1436] El contrato innominado en el Derecho Romano surgiría tras la realización de la primera prestación, ya sea mediante la entrega de una cosa (datio) o la ejecución de un servicio (facere). La "causa data" en los contratos innominados del Derecho Romano se refería a la entrega inicial o acción realizada, que funcionaba como el elemento esencial para la formación del contrato. Este acto inicial, ya sea la entrega de un objeto o la prestación de un servicio, se consideraba la causa eficiente o etiológica que generaba obligaciones contractuales. La cosa o el servicio entregado, en este contexto, se consideraba no sólo como un componente del contrato, sino como el motor que impulsaba la creación de obligaciones mutuas entre las partes.[1437]

De modo que esta *res* o *causa data*[1438] es un elemento de formación del contrato[1439] innominado.[1440] De la misma forma, a la voz causa empleada por el *Digesto* no puede atribuírsele ninguno de

1436 Cfr. Camus, 1942, p. 156. Por su parte Sohm (1898) sostiene que en el Derecho Romano existían dos tipos de contratos reales: los contratos nominados, que tenían un nombre específico y eran bien definidos, y los contratos innominados, que no poseían un nombre específico y se caracterizaban por su naturaleza más flexible y menos definida. Esta distinción refleja la variedad y adaptabilidad de los contratos en el contexto del Derecho Romano (p. 505).

1437 En este sentido Castro y Bravo (1985) señala: "Los pactos innominados requieren una causa que los vista; así la cosa ya dada o lo ya hecho será *causa eficiente* para lo que se dé o para lo que se haga (no las mutuas promesas, ni las promesas de donar)" (p. 170).

1438 En contraste, la tesis de Morales Hervias (2004) sostiene que los contratos romanos no son simplemente convenciones más causa. Morales argumenta que, bajo una expresión no romana, 'causa civilis', los contratos romanos requerían formas especiales, como la *stipulatio* verbal solemne o la escritura bajo ciertas condiciones, o una *datio rei*, es decir, la entrega de un objeto. Esta perspectiva implica que los contratos romanos iban más allá de las convenciones y la causa, incorporando elementos formales específicos para su validez (pp. 302-308).

1439 Cfr. Gorla (1959, p. 32); Bonfante (1951, p. 408).

1440 *Do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias* (Doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas). En este contexto, la palabra "causa" parece ser sinónima de "res" (Pescio, 1958, p. 129).

los sentidos que utiliza la doctrina moderna al estudiar la causa en sentido técnico jurídico, ya que con ese vocablo aludían los romanos a la voluntad de la ley,[1441] por lo que mal haríamos si pensamos que la *causa* referida por el Digesto es algo diferente a la voluntad misma de la ley que otorga acción judicial a los contratos, en este caso a los innominados.

En la Edad Media, podemos apreciar cómo la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*[1442] a los contratos sinalagmáticos, hacía correlativas a las obligaciones, constituyendo el fundamento sobre el cual Domat basaría su teoría, con lo cual la *exceptio* no sería consecuencia de la teoría de la causa, sino la causa *errada* una consecuencia de la *exceptio*.[1443] Asimismo, el principio de interdependencia de las obligaciones, soporte de esta teoría, descansa sobre la fórmula acuñada en el siglo XIII: "*Non servanti fidem, non est fidem Servando*," mediante el cual no hay por qué mantener la propia palabra con respecto a la persona que no mantiene la suya.

En este contexto, Domat[1444] y Pothier, auténticos hijos del iusnaturalismo, se presentan abanderando el principio fundamental de

1441 Muñoz (1960, p. 162).

1442 *La exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido) que autoriza a una de las partes a no ejecutar su prestación mientras la otra no cumpla la suya, por ausencia o falta de causa genética; y *la acción resolutoria tácita*, por la cual, si una de las partes no ha cumplido su obligación, la otra puede pedir la resolución del contrato, porque su obligación carece de causa, cual es, la ejecución de la obligación de la contraparte (Cfr. Somarriva Undurraga y Alessanori Rodriguez (1961, p. 397).

1443 Parodi (1955, p. 892).

1444 Acerca de Juan Domat (1625-1695), vemos que vivió durante la era de Luis XIV, época en que se destacó un clima de libertad como base de la voluntad jurídica. Esta perspectiva enfatizaba el valor de la lealtad a las promesas aceptadas, liberándose de fundamentos religiosos para apoyarse en un humanismo, posiblemente más secular, con un marcado énfasis en el individualismo. Este enfoque representaba un avance hacia un entendimiento más humano y laicizado del derecho y la ética contractual (Cfr. Lavalle Zago, 1991, p. 144).

libertad del hombre[1445] como centro de la sociedad y del ordenamiento jurídico.[1446] Lo que tratan estos autores clásicos de encontrar es el fundamento de las obligaciones, es decir una causa fin[1447] jurídica,[1448] en contraste con la causa genética, filosófica o material.[1449]

1445 Domat es en Francia el más ilustre representante de la escuela del Derecho Natural y de Gentes. Domat, según Planiol, provoca un cambio subversivo en la doctrina civil y para Capitant, es uno de los más ilustres representantes de la escuela del Derecho Natural o del Derecho de Gentes; racionalista hasta el punto de haber sido llamado el restaurador de la razón en la jurisprudencia. (Cfr. Diez Picazo, 1983, pp. 161 y ss.).

1446 Taboada (1995b, p. 21).

1447 Taboada (1996) comenta que estos autores tratan de buscar "el motivo abstracto, completamente *desligado de la personalidad de la parte contratante* que va a contraer una obligación como consecuencia de la celebración del contrato. No se trata pues de un motivo concreto o variable de sujeto a sujeto, sino del motivo jurídico que se extrae abstractamente de la naturaleza del contrato" (p. 111).

1448 Kelsen (2018) en su teoría pura del Derecho, establece una clara distinción entre la causalidad natural y la imputación normativa. Mientras la causalidad natural pertenece al dominio de la necesidad y determina cómo suceden las cosas en realidad, la imputación normativa se enfoca en cómo deberían ocurrir las cosas según las prescripciones de la ley.
Kelsen explica que las conductas humanas, aunque determinadas por leyes causales en la naturaleza, pueden ser interpretadas a través de normas sociales como el derecho, la moral o la religión. Incluso en el contexto de un crimen, donde la acción puede ser determinada causalmente, el derecho impone una pena, reconociendo así la libertad humana dentro de un marco normativo. Este enfoque de Kelsen subraya que la causalidad física y la libertad humana no son incompatibles en el ámbito del derecho. La conducta humana, regida por la causalidad en el orden natural, puede ser objeto de imputación en el orden social. Así, el derecho no sólo capta la conducta humana para imputarle consecuencias, sino que también tiene en cuenta las causas anteriores que inducen a dicha conducta. Esto muestra cómo el principio de imputación normativa presupone el determinismo de las leyes causales, integrando así la libertad con la causalidad (pp. 16 y ss.).

1449 La causa natural es vista como aquello por lo que algo se ha hecho, siendo el origen de una cosa, el principio de una cadena de acontecimientos, la fuente o la génesis de donde surge algo. La causalidad natural se entiende como la relación necesaria entre causa y efecto, donde el efecto es siempre producido por la causa, siguiendo una ley física. En el ámbito jurídico, la mayoría de los tratadistas hablan de la causa genética, donde una causa es a su vez efecto de una causa predecesora y causa de un efecto subsiguiente. Esta relación causa-efecto es fundamental en la explicación de eventos tanto en la naturaleza como en la historia. (Cfr. Castro y Bravo (1985, p. 169). También Cabanellas (1979, p. 109); Pérez Caballero (1987, p. 57). La causalidad física tiene relevancia no sólo en la ciencia y la historia, sino también en filosofías

Domat escribió "Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel" en 1777, que se traduce como "El Derecho Civil en su Orden Natural, el Derecho Público y la Selección de Leyes", en la cual manifiesta que la obligación de cada una de las partes es el *fundamento* de la obligación de la otra.[1450] Muchos autores han criticado esta noción de causa como circular,[1451] tanto en los contratos sinalagmáticos,[1452] como en los reales y las liberalidades.[1453]

---

ancestrales como la hindú, donde conceptos como el Karma enfatizan la idea de que toda acción tiene una reacción. Por otra parte, la casualidad es vista como la ignorancia de la causalidad, sugiriendo que todo evento tiene una causa. Este principio de causalidad, que sostiene que nada procede de sí mismo sino de una modificación anterior, es fundamental en la comprensión del universo y los eventos históricos y humanos. Sin embargo, esta ley no es una restricción absoluta, ya que existe la posibilidad de que entre la causa y el efecto haya incertidumbre o libertad, lo que se ejemplifica en casos donde la determinación humana puede alterar los resultados esperados de ciertas causas.

1450 Domat (1850) establece que, en la mayoría de los casos, el compromiso de una parte es la base para el compromiso de la otra. En los casos en que parece que sólo una parte está obligada, la obligación es precedida por la entrega de algo por parte de la otra. En el caso de las donaciones, el motivo del donante sustituye a la causa. Esto implica que, en las transacciones bilaterales, cada parte tiene un compromiso recíproco, mientras que, en las unilaterales, aunque sólo una parte parece estar obligada, existe un antecedente, como una entrega, que justifica esta obligación. En las donaciones, el elemento de "causa" no se encuentra en una reciprocidad de obligación, sino en la intención o motivo del donante (pp. 160-162).

1451 Estamos ante el juego de las contraprestaciones, un balance de prestaciones que se sirven mutuamente de causa: "consecuentemente, lo que es causa de la obligación de una de las partes, es objeto de la obligación de la otra. De ello resulta que si en un contrato sinalagmático, una de las obligaciones es nula por falta de objeto, la obligación correlativa es nula por falta de causa" (Cfr. Gaudemet, 1984, p. 130).

1452 Marty (1952), sin adentrarse en consideraciones anticausalistas, introduce una noción interesante dentro de los marcos establecidos por la teoría clásica. Observa que la obligación de cada parte en un contrato tiene por causa el objeto de la obligación de la otra parte. Por ejemplo, en un contrato de venta, la obligación del vendedor tiene como causa el precio que debe pagar el comprador, y la obligación del comprador tiene como causa la cosa que debe entregar el vendedor. Esta perspectiva destaca la naturaleza recíproca de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos, donde cada parte está obligada a realizar una prestación que es a la vez la causa de la obligación de la otra parte (p. 89).

1453 Gorla (1959) nos trae algunos alcances: "Domat parece olvidar que en sus tiempos la donación es todavía un contrato real y formal; parece olvidar el problema de la

Por su parte, Pothier (1993) escribe *Traité des Obligacións*" ("Tratado de las Obligaciones", 1761), en la que recoge e interpreta las ideas de Domat, y sustenta que toda obligación (*engagement*) debe tener una causa honesta.[1454] Pothier habla de causa de la obligación como la razón por la que una persona se obliga a hacer o no hacer algo (en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada parte es la obligación correlativa de la otra), mientras que la causa del contrato es el motivo por el que las partes celebran un contrato (en los contratos sinalagmáticos, la causa del contrato es la reciprocidad de las prestaciones. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la causa del contrato es la voluntad de las partes de intercambiar la cosa vendida por el precio), así en su obra manifiesta:

---

donation avec charges y el de la promesa por una *causa praeterita*, para las que, en defecto de una *cause suffisante*, se requiere el documento notarial. Tampoco nos dice Domat en qué consiste el '*motif raisonnable et juste*' que 'hace las veces de causa' en los *otros* contratos en los que falta el elemento de la *res* o del 'contracrédito'. Habla del '*simple placer de hacer el bien*'; pero, probablemente, con ello quiere referirse a las donaciones, en las que el requisito de forma o el elemento real tienen todavía mucha importancia, y no a los 'otros contratos' (que no sean de *dar*) en los que faltan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito.

En cualquier caso, el concebir el espíritu de liberalidad o de beneficencia como 'causa' que justifica el reconocimiento jurídico de ciertos contratos a título gratuito, concepción que no es exclusiva de Domat, deriva probablemente de uno de los muchos equívocos originados por el ambiguo significado del término 'causa' en los textos romanos, en los que también al referirse al espíritu de liberalidad se usa dicho término en el sentido de finalidad o móvil.

En cuanto a esos '*otros* contratos' Domat no nos dice, por ejemplo, en qué condiciones serían válidas una *promesa* de comodato y una *promesa* de mutuo sin intereses, es decir, *promesas* no acompañadas de la entrega de una cosa. ¿Se requerirá en estos casos un *motif raisonnable* que, por su carácter *objetivo* o según la *apreciación* común de lo que es razonable, revele la voluntad de obligarse jurídicamente? ¿Se requerirá, además, que este *motif* sea *juste*, es decir, que según la común apreciación justifique la condena del promitente?

Por lo demás, esos 'otros contratos' de que habla Domat y en las que no se dan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito, no son necesariamente contratos a título gratuito o no interesados pensemos, por ejemplo, en las promesas unilaterales de venta y en otras promesas *interesadas*" (pp. 79-80).

1454 Pothier (1993, p. 12).

> Todo compromiso ha de tener una causa honesta. En los contratos *interesados*, la causa del compromiso que contrata una de las partes, está en lo que la otra parte le dé, o se comprometa a darle, o en el riesgo de que se encargue. En los contratos de *beneficencia*, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso a que se compromete para con ella. (pp. 32-33).

Entonces, la plasmación legal de estas teorías la vemos en el Código Civil de Napoleón de 1804, cuyos numerales referentes a la causa-fin dicen:

> **Artículo 1108**:[1455] Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:
>
> 1. Consentimiento.
>
> 2. Capacidad para obligarse.
>
> 3. Objeto cierto que constituye la materia de la obligación.
>
> 4. Causa lícita de la obligación.
>
> **Artículo 1131**:[1456] La obligación sin causa o con causa falsa o ilícita, no puede surtir efecto alguno.
>
> **Artículo 1132**: La obligación no será menos válida cuando su causa no se exprese.
>
> **Artículo 1133**: La causa es ilícita cuando lo prohíbe la ley, o cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

1455 Artículo 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validite d' une convention: Le consentement de la partie quis s'obligue; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matiére de l'engagement: une cause licite dans l'obligalion.

1456 Artículo 1131: L'obligation sans cause, ou sus une fausse cause, ou sus une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Esta normatividad sugiere que no hay una definición clara y precisa de lo que se entiende o debe entenderse por "causa" en el contexto legal clásico,[1457] dejando la interpretación y el desarrollo de este concepto a la doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado, se evidencia una clara confusión entre la causa del contrato y la causa de la obligación, ya que la causa se muestra como un requisito de validez de los acuerdos, manifestándose en una "causa ilícita de la obligación". La causa no es del contrato sino de la obligación, pero como contrato y obligación son dos conceptos que no aparecen claros, la causa aparece insaculada en el contrato y por ende en la teoría del mismo; es más el Código Francés alude como requisito de las convenciones a la causa de las obligaciones.[1458]

1457 Bueres (1995) argumenta que no hay un concepto único de causa en el derecho contractual, sino tres conceptos totalmente diferentes. Según Bueres, esta diversidad se encuentra en los contratos sinalagmáticos, en los contratos reales y en los contratos gratuitos. Critica la teoría de Domat, considerándola asistemática debido a esta variedad de interpretaciones de la causa en diferentes tipos de contratos (pp. 301-302).

1458 En la Exposición de Motivos del Código Francés de 1804 se lee: "Bigot de Préameneu, en la reunión del 7 pluvioso del año 12, manifiesta que "no hay obligación sin causa; ella se funda en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de alguna de ellas; porque no se haya expresado la causa no debemos creer que la obligación carece de ella; así, cuando por un billete declara que una persona debe, reconoce por ello una causa legítima de deuda aunque esto no se enuncie. Mas la causa que el acto expresa o hace presunción, puede no existir o ser falsa; y si este hecho se probare por los medios que la ley autoriza, no permite la equidad que la obligación subsista. Debe ser proscripta la obligación contraída contra la prohibición de la ley o que sea opuesta a las buenas costumbres o al orden público." (Parodi, D. (1955). La Causa de los Actos Jurídicos. *ENCICLOPEDIA JURÍDICA "OMEBA"*, T. II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 882). De igual forma, Dabin (1929) manifiesta con respecto a este tema: "No hay -dice Bigot de Préameneu en la *Exposición de motivos*- obligación sin causa, encontrándose ésta, bien en el interés recíproco de las partes, bien en la liberalidad de una de ellas" (p. 57).

Asimismo, la causa se encuentra en relación inmediata y directa con la obligación, constituyendo su causa próxima: la obligación de una parte es considerada como la causa de la obligación de la otra.[1459]

De esta suerte, lo que la teoría clásica de la causa trata de hacer es encontrar una causa objetiva,[1460] que se diferencie de los motivos personales[1461] que pueden ser miles y múltiples,[1462] y por ello irrelevantes para su propósito.[1463]

Ahora bien, la perspectiva anticausalista sostiene que la causa clásica en el derecho contractual se confunde o identifica con el

---

1459 Josserand (1950, p. 96).

1460 Bonnecase (1945) propone analizar el fin directo e inmediato en cada tipo de contrato. En los contratos sinalagmáticos, la obligación de cada parte es causada por la obligación de la otra. Por ejemplo, en una venta, el vendedor se obliga a entregar el objeto para obtener a cambio el pago del precio por parte del comprador. Recíprocamente, el comprador se obliga a pagar el precio para obtener la entrega del objeto y, bajo principios modernos, la adquisición inmediata de su propiedad. Según Bonnecase, este análisis se aplica a todos los contratos sinalagmáticos, revelando que la causa de la obligación de una parte siempre es la obligación o promesa de la otra (pp. 247-248).

1461 La causa impulsiva o remota, referente a los motivos personales y específicos de las partes al contratar, varía ilimitadamente según individuos y circunstancias, y no es parte integral del contrato. Estos motivos son razones individuales y contingentes, representando el móvil personal de cada persona. Aunque son factores extrínsecos al contrato, pueden influir en la decisión de contratar, pero no determinan su validez o contenido, siendo diferentes incluso en contratos del mismo tipo. (Cfr. Arteaga y Arteaga Carvajal, 1979, p. 32).

1462 La concepción clásica, en aras de la seguridad de los contratos, impide al juez verificar la licitud y la moralidad de los motivos. Esta postura es respaldada por juristas, fisiócratas y liberales interesados en el desarrollo del comercio. Según esta visión, el juez no debe preocuparse por los simples motivos, que varían según la personalidad y situación de los contratantes. Esta omisión de la motivación personal se justifica por las demandas de la realidad, que priorizan la agilidad en la estructura económica. (Cfr. Mazeaud, 1960, p. 295).

1463 La preocupación de la teoría clásica es delimitar claramente el ámbito de la causa jurídica, final o fin, del terreno de la causa impulsiva, móvil o motivo, que carece de relevancia para el derecho (salvo que se incorpore al contrato como condición, según cierta perspectiva doctrinal). La técnica jurídica enfoca su atención en las causas jurídicas y descarta conscientemente los motivos (*causa causarum*) (Cfr. Marín Pérez, 1983, pp. 176 y ss).

objeto de los negocios onerosos o con la intención altruista en los actos gratuitos.[1464] Entre los causalistas tenemos a Ernst[1465] y Dabin entre otros. Ernst argumentó que, si la causa en los contratos onerosos es lo que cada parte debe a la otra, entonces se confunde con el objeto del contrato. Por lo tanto, consideró inútil diferenciar entre causa y objeto como dos elementos separados, ya que, en su opinión, eran esencialmente lo mismo.[1466]

1464 Por su parte Mouton (1910) expresa: "No existiendo para el derecho científico más que dos requisitos esenciales que unidos producen la validez del contrato, el **consentimiento y el objeto**, *no* era *preciso que el Código Civil hubiera incluido la causa de la obligación entre ellos* cuando pudo refundirla muy bien en el consentimiento, como hizo con perfecto acuerdo con la capacidad de los contratantes, que el proyecto de 1851 también reputaba circunstancia principal. Para nosotros la expresión de la causa no es de indispensable necesidad en las obligaciones contractuales, desde el momento que no reputamos ésta, requisito esencial de los contratos, por considerarla incluida en el consentimiento" (p. 399). En el mismo sentido, Albaladejo (1958) decía: "En efecto, es innegable que, al poder atacarse la atribución por razón de su causa, es, por lo menos, normal que también pueda atacarse el negocio atributivo, por defecto de alguno de sus elementos. Pero aun admitiendo la afirmación de que siempre que hay invalidez basada en la causa, la hay también por alguna otra razón, debe aceptarse que ello facilita la invalidación del negocio (y de la atribución) dando más caminos para alcanzarla" (p. 206).

1465 Antoine-Nicolas-Joseph Ernst, nacido en Aubel como su hermano Jean-Gérard-Joseph, se graduó en Derecho en Bruselas en 1816. Nombrado profesor extraordinario en la facultad de Derecho de la Universidad de Lieja, en Bruselas fue ascendido en 1827. Se concentró inicialmente en la enseñanza, renovando métodos en cursos de derecho comercial, civil y romano. Fue rector de la Universidad (1831-1832) y luego entró en política durante la crisis del Tratado de los 24 artículos. Como liberal en la Cámara y Ministro de Justicia, enfrentó desafíos políticos y legales, incluyendo la reimplantación de la pena de muerte y debates sobre la educación y la Société générale. Retirándose de la política, regresó a la enseñanza en Louvain en 1839, pero falleció prematuramente en Alemania dos años después (Cr. Antoine-Nicolas-Joseph Ernst. En Universidad de Liege website, consulta 10 de setiembre de 2023, rescatado de https://www.uliege.be/cms/c_10403602/fr/antoine-nicolas-joseph-ernst).

1466 Taboada (1996) realiza una crítica de Ernst al manifestar que éste confunde la causa con la prestación: "Pero en vista de que para los autores causalistas, o sea todos aquellos que consideran que la causa como es concebida por la teoría clásica es efectivamente un elemento de los contratos con existencia independiente de todos los demás, la causa de la obligación de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos se encuentra en la obligación asumida por la contraparte; dichos autores han podido rechazar fácilmente el argumento de Ernst que analiza, puesto que, siendo las obligaciones recíprocas y no las prestaciones las que se sirven

Una de las críticas[1467] a la teoría de la causa es que a menudo se confunde con el consentimiento.[1468] Aunque la teoría de Pothier puede parecer más lógica que la de Domat,[1469] al final, ambas teorías resultan ser redundantes.[1470] En las obligaciones onerosas o sinalagmáticas, la causa se confunde con el objeto, mientras que en las obligaciones reales se confunde con la causa genética o el objeto. En el caso de las

---

mutuamente de causa, carece de sentido afirmar que la causa de obligación se confunde con el objeto del contrato que consiste, según Ernst, en las prestaciones debidas" (p. 140). Sin embargo, del análisis de la teoría del objeto, es necesario tener una consideración amplia del objeto del acto o negocio jurídico, es decir, entender el objeto en su ancha significación o como lo dice Giorgi (1929) "en su más general acepción, abrazando todo el *contenido del contrato*; es decir, no sólo la prestación considerada materialmente, sino también los límites y el objeto que lo acompañan, lo mismo que sus modificaciones accidentales. Tomando el *objeto* en este sentido lato es imposible que en la teoría del objeto no esté absorbida también la de la causa" (p. 467).

1467 Dabín (1929) sostiene que en un contrato, lo que constituye el interés de una parte también representa el interés de la otra (pp. 57-60).

1468 Giorgi (1929) analiza la noción de causa en contratos onerosos o gratuitos, sugiriendo que ésta se remite a la teoría del consentimiento. Esto significa que, en los contratos interesados, como el mutuo u obligaciones análogas que consisten en una restitución o correspondencia de una prestación recibida, la teoría de la causa se confunde con la teoría del consentimiento. En esencia, Giorgi plantea que, en estos casos, la causa del contrato y el consentimiento de las partes están intrínsecamente vinculados y a menudo se consideran como un solo concepto (p. 470).

1469 Cfr. Diez Picazo, 1983, p. 164.

1470 La clasificación de Domat, basada en la "tríada contractual" de contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos, es reemplazada por una distinción más simplificada entre contratos onerosos y gratuitos. Esto implica que los contratos reales desaparecen como categoría propia y su causa se determina según sean onerosos o gratuitos.
Por otro lado, la clasificación de Pothier, aunque parece más lógica que la de Domat, adolece de problemas similares inherentes al enfoque clásico. Estos problemas incluyen un sistema clasificatorio rígido, falta de flexibilidad, una comprensión de la causa basada en una perspectiva legal y estereotipada, y una abstracción que permea el fenómeno causal, buscando reglas únicas aplicables a todas las situaciones. En resumen, aunque la clasificación de Pothier puede parecer más razonable en un principio, todavía se ve afectada por las limitaciones y rigideces de la concepción clásica del derecho contractual.

donaciones,[1471] se confunde con el *animus donandi*,[1472] es decir, con la misma liberalidad[1473] o consentimiento.[1474] Así lo expresa Josserand (1950): "En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer respecto a la otra es causa suficiente del compromiso que contrae con ella" (p. 95).[1475]

Ante las falencias de la teoría clásica, y en vista del avance del anti-causalismo, nace otra corriente llamada del neocausalismo, donde se intenta subjetivizar la causa clásica, siendo Josserand (1950) uno de sus defensores[1476] manifestando lo siguiente:

1471 Bonnecase (1945) explica que, en los contratos gratuitos, la intención de realizar una liberalidad o prestar un servicio es lo que constituye la causa de la transacción. En casos como la donación, el mandato, la fianza o la promesa de préstamo, la causa no se basa en una expectativa de recibir algo a cambio, como en los contratos onerosos, sino en la voluntad de beneficiar a otra parte sin esperar una compensación. Esta intención de beneficencia o servicio es lo que fundamenta y legitima la obligación en los contratos gratuitos, diferenciándolos de los contratos donde la reciprocidad o el intercambio de beneficios es esencial (pp. 247-248).

1472 Dabin (1929) considera que ni Domat ni Pothier vieron en la causa un mero móvil, incluso en el caso de las liberalidades. Para ellos, el 'motivo que debe hacer las veces de causa' en las liberalidades no es un móvil personal, como el agradecimiento, sino que siempre se trata de un servicio prestado con antelación, que puede considerarse como la contraprestación de la liberalidad. Según esta perspectiva, la intención de realizar una liberalidad, aunque sea 'suficiente para fundamentar la obligación', sirve en realidad para encubrir la ausencia de una causa real en este tipo de transacciones. En esencia, Dabin critica la interpretación de que la mera intención de liberalidad pueda justificar una obligación contractual, sugiriendo que esto oculta la necesidad de una causa más sustancial o tangible (pp. 72-73).

1473 Bonnecase, 1945, pp. 247-248.

1474 Ripert (1956) manifestaba que "La teoría clásica quiere *ignorar la voluntad real* en la hipótesis misma en que parece necesario hacer su análisis: debe respetarse el secreto del fuero interno" (p. 187).

1475 En similar sentido Cifuentes (1986) señala: "Esta concepción omnicomprensiva, cerrada y suficiente en sí misma, que trabajó postulados de la pura razón abstracta, apartó de sus lineamientos a los fines individuales y concretos que pudieran, caso por caso, llevar a las partes a celebrar el acuerdo de voluntades" (pp. 185-186).

1476 Josserand (1950) interpreta la concepción clásica de la causa de forma subjetiva, viéndola como un móvil inmediato y específico para cada tipo de contrato. En su análisis, manifestó: "Los móviles individuales, los motivos, se consideran, por lo menos en doctrina, como desprovistos de valor jurídico; resulta de esto, por lo que respecta a quienes mantienen la teoría de la causa en sus límites históricos

> Hay que ser, pues, *causalista:* la causa, en el sentido clásico de la palabra, es un concepto indispensable. A la noción clásica de la causa no se le puede reprochar que exista, sino más bien que exista insuficientemente; no es cosa, pues, de eliminarla de nuestras leyes, sino de asegurarle, por el contrario, un más vasto campo de aplicación (p. 106).

Sin embargo, será el propio Josserand (1950) quien trate de remozar el causalismo clásico:

> La concepción clásica de la causa es excesivamente estrecha; entre los móviles a que las partes obedecieron, sólo tiene en cuenta una cierta categoría, los que corresponden, en el pensamiento de dichas partes, a la finalidad inmediata de su compromiso, dejando así fuera de su acción toda una pléyade de móviles, los más variados, los más interesantes, los más vitales; a saber, los móviles concretos, los móviles individuales, que se califican ordinariamente de motivos. (pp. 106-107).

De esta manera, Josserand (1950), sin abrogar la teoría clásica, intenta darle un hálito de alivio tratando de introducir un elemento de la causa móvil o impulsiva en el análisis del juez:

---

que las operaciones, aun las más inmorales, deben surtir sus efectos. Que, por ejemplo, toda liberalidad es válida sea cual fuere el pensamiento que la inspiró y la finalidad perseguida por el donador; que todo préstamo de dinero es irreprochable, sin atender al destino de la suma prestada, porque el espíritu de beneficencia en el primer caso, y la entrega del dinero en el segundo, cubren e inmunizan todas las combinaciones, sin que el juez tenga por qué preocuparse de las razones que hayan podido presidir a su tramitación y realización: el acto es causado, en el sentido clásico de la palabra; poco importan los móviles individuales, ajenos al contrato" (pp. 94 y ss.).

> En cambio, desde la perspectiva de la jurisprudencia, la causa móvil asume una contextura particular, a juicio de Josserand: "Contra esta conclusión ha reaccionado nuestra jurisprudencia, y ha reaccionado más vigorosamente por medio de una teoría que ha llegado a hacerse famosa: la de la causa impulsiva y determinante. Para ella, los móviles individuales, exteriores al acto, han de tomarse en consideración y deciden de la validez o de la nulidad de dicho acto, porque lo han determinado, porque han dado a la voluntad de su autor el impulso de donde ha surgido; corresponde al juez apreciar su mérito, y si le parecen ilícitos, el contrato será declarado nulo, por más que queden plenamente satisfechas las exigencias de la teoría clásica de la causa (p. 107).

Por otra parte, dentro de la corriente neocausalista, la contribución innovadora de Capitant (1941) se centra en ampliar el concepto de causa, extendiéndolo más allá de las obligaciones para abarcar los actos jurídicos en general. Esta perspectiva representó un cambio significativo en el entendimiento legal de la época, pues anteriormente, la causa se consideraba relevante únicamente en el contexto de las obligaciones contractuales. Capitant (1941) sintetiza su teoría de la siguiente forma:

> Lo que determina a una persona a vender aquello que le pertenece, no es exclusivamente la promesa del comprador de pagar el precio convenido, sino que es también la voluntad de tener a su disposición aquella cantidad. El comprador, por su parte, si consiente en pagar el precio, es para adquirir la propiedad útil y pacífica de la cosa vendida.

> Por lo tanto, en un contrato sinalagmático, la causa que determina a obligarse a cada una de las partes, es esa voluntad de obtener la ejecución de la prestación que le haya sido prometida a cambio de la suya. (Colin y Capitant, 1941, ps. 656-657). De esta manera, Capitant extiende el concepto de la causa clásica más allá del momento inicial de la formación de la operación contractual, cosa que no dijeron ni Domat ni Pothier ni el mismo Código de Napoleón. Otra parte, en lo que respecta a las liberalidades, Capitant, junto a Colin (1941) manifiestan:
>
> En este punto creemos deber inclinarnos a adoptar las ideas de la jurisprudencia y separarnos de las que defienden los autores causalistas. En la donación, dicen estos últimos, la causa es la *intención liberal*, el *animus donandi*, la idea de beneficencia que anima a todo donante. Hay aquí una manera de ver en nuestra opinión completamente inexacta; es una tautología, pues se reduce a decir que el donante dona porque quiere donar, lo que no explica nada. La verdad es que, para conocer la causa de una donación, es preciso preguntarse *por qué* el donante la hace. Ahora bien, la respuesta debe buscarse necesariamente en el espíritu del donante; conviene, por lo tanto, descubrir cuál es el móvil determinante que le impulsa a hacer la liberalidad. La causa se confunde aquí, necesariamente, con el motivo. (p. 663).

Esto es en resumidas cuentas las posturas anticausalistas, las mismas que no estuvieron desprovistas de críticas.[1477]

1477 Frente a estas posturas, Dabin (1929) manifestó al respecto:
Toda la teoría causalista -y hablamos de la que reduce la causa a la idea de fin, puesto que existe otra que la reduce a la de objeto- descansa en la inexacta

Finalmente, en este breve recorrido histórico de la causa, tenemos las posturas italianas de la causa como un factor social o causa función social.

Duguit (2018) manifiesta con respecto a la función social del derecho:

> ¿En qué consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre, no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría

---

hipótesis de hecho y de derecho de que 'el acto volitivo se compone de dos elementos: primeramente, el consentimiento constituido por el hecho de prometer o de obligarse y, después, la consideración del fin que se pretende alcanzar con esa promesa'; fin que es de orden económico en los contratos sinalagmáticos y altruista en las liberalidades. Es cierto, que inmediatamente se añade que ambos elementos no pueden desglosarse: 'aislarlos o atenerse exclusivamente a la promesa sin inquietarse del fin que la explica, equivaldría a amputar arbitrariamente el acto volitivo, a deformarlo y desconocer la intención de su autor'. Mas ¿a qué equivale esta concesión, si no es a afirmar que la pretendida distinción entre consentimiento y fin no se justifica en modo alguno y que se plantea exclusivamente para dar cierta aparente consistencia a la teoría de la causa? La verdad es que el que se obliga lo hace siempre o sinalagmáticamente o con una intención de liberalidad. Por lo tanto, no se trata de un 'complemento' (como decía Bufnoir), ni de una modalidad del consentimiento, sino que aquí se le tiene en cuenta a él mismo considerado en su realidad psicológica. Una vez supuesto el consentimiento, la naturaleza del contrato resulta patente y en su consecuencia también la causa -puesto que ésta es inherente a la naturaleza del contrato. Podrá suceder, desde luego, que el consentimiento sea *expresado* abstractamente y que entonces no resulte ostensible la naturaleza del contrato. Mas tal defecto de expresión y de apariencia, únicamente suscitaría una cuestión de prueba (caso resuelto por el art. 1132 del Código Civil); en el fondo, el consentimiento es, por definición, necesariamente causado en todos los casos -salvo en el del loco, puesto que en ese caso particular el consentimiento no existe (pp. XII-XIII).

> un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe, serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que el corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantizados.
>
> Y aquí aparece muy claro el fundamento social de la regla de derecho, del derecho objetivo.
>
> Es a la vez realista y socialista: realista, porque descansa en el hecho de la función social observado y comprobado directamente; socialista, porque descansa en las condiciones mismas de la vida social. La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen, de una manifestación de voluntad individual, que por sí misma no puede producir ningún efecto social. Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre si los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo, a cada, grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional. (p. 41).

Como podemos apreciar, la teoría de la causa como función económico-social se inspira en una filosofía estatista y socialista, la cual influyó en la legislación del Código Civil Italiano de 1942, con un claro matiz fascista. Esta perspectiva concibe la causa como un medio para controlar la circulación de la riqueza a través de los negocios, considerando al ciudadano como un funcionario del Estado. Esta

fórmula, utilizada también en la propiedad y la empresa, buscaba regular tanto el aspecto estático como el productivo de la riqueza.[1478]

Por su parte, Messineo (1954) manifiesta que la "causa genérica" en los contratos se comprende como la función económico-social que el contrato cumple y que la ley reconoce al caracterizar cada tipo de contrato. Además, señala que esta causa genérica no impide que las finalidades de los contratantes sean diferentes. Por ejemplo, en una compraventa, el vendedor busca obtener el precio, mientras que el comprador aspira a adquirir la propiedad del bien, aunque ambos deseen que el contrato resulte en la transferencia del dominio a cambio del pago del precio. (pp. 369 y ss).

De ahí que Messineo (1954) expresa:

> Son enunciados exactísimos, pero no concluyentes, porque, cuando se cree identificar la causa del negocio *en un elemento* del mismo (función económica y social), en realidad se identifica *todo* el negocio tomado en sí, por ejemplo, cuando se dice que el contrato de compraventa ejercita la función de provocar el intercambio económico de una cosa contra un precio, no se necesita mucho esfuerzo para darse cuenta de que, de ese modo, se *da la definición* (aunque sumaria) del típico contenido del contrato de compraventa, *visto en su integridad y* no en un elemento. Causa, en este primer sentido, equivale a *noción* concreta, *funcional* (no meramente estructural), *del contenido* de determinado negocio y, como tal, no puede faltar nunca; si

1478 En este sentido Ferri (2001) expresa: "la fórmula de la función económico social (invocada en la *Relazione* al Código Civil, también en materia de propiedad y de empresa, además de serlo en materia de causa del contrato) era utilizada para controlar los momentos estático y productivo de la riqueza (como lo eran, justamente, la propiedad y la empresa)" (p. 226).

> faltase la causa, faltaría el negocio *in toto.* Puesto que esto no agrega nada a lo que ya se ha señalado del concepto de determinado negocio, tal como está dispuesto por el ordenamiento jurídico, el concepto de causa, en este primer sentido, es una superfetación y podría suprimirse sin daño alguno. (p. 370).

Por otro lado, Rubino (1953) manifiesta:

> En esta común concepción se comprende que, en los negocios típicos, la objetivación, dada preventivamente por la ley, de una función práctica en un esquema negocial, hace adquirir a la causa un aspecto eminentemente formal. Si la misma naturaleza económico-social de la relación determina su reconocimiento legislativo y hay que considerarla junto con las figuras contractuales disciplinarias por el Derecho positivo el interés se desvía hacia los requisitos esenciales del negocio, los cuales, al ser impuestos por la ley, asumen un carácter eminentemente jurídico, en que queda absorbido el elemento económico-social. (p. 107).

De otro lado, Betti (2001) también considera la posibilidad de que varios tipos de causas se combinen en un único negocio jurídico:

> Mediante la fusión de las mismas en una causa compleja, que absorbe las causas concurrentes subordinando una a otra (predominante), o sin que medie una fusión, a través de la coligación de dos negocios concurrentes, los cuales permanecerán sujetos a sus respectivas regulaciones, en la medida en que la que éstas sean recíprocamente compatibles y que estén coordinadas entre sí, según el

> criterio interpretativo de la coherencia hermenéutica. (p. 48).

Betti sostiene que la noción de causa nunca puede ser ilícita en sí misma, ya que representa la estructura típica del contrato y su función económico-social. Sin embargo, los motivos prácticos y subjetivos de las partes, que pueden contravenir el orden público o las buenas costumbres, pueden influir en la legalidad del negocio. Por ello, Betti abre una "ventana" a la fundamentación de la causa, integrando la perspectiva subjetiva para explicar la ilicitud de ciertos negocios, como el fraude creditorio por ejemplo.

En este sentido, Betti (2001) sostiene que la causa en un contrato no puede ser ilícita en un sentido abstracto, ya que es un elemento esencial del contrato. Sin embargo, puede ser ilícita en un contexto específico o concreto, cuando se relaciona con un interés subyacente ilegítimo que motiva la celebración del contrato. En este contexto Betti (2001)considera que la causa no puede ser ilícita si se la reconoce en sentido "abstracto" por cuanto es un elemento indefectible del contrato, pero la causa puede resultar ilícita entendida en el "negocio concreto", "sólo si es considerada en conexión o en concatenación psicológica con el interés subyacente, que determina la celebración de aquél, o sea, con el fin práctico inmediato que las partes persiguen en concreto, un fin que inviste y colorea la causa, y que –cuando es ilícito- adquiere relevancia jurídica, transfiere a ella, y vierte sobre ella, su licitud (arts. 1343-134 C.C.[1479]). La causa no puede devenir ilícita en abstracto, sino solamente 'en su actuación concreta', tal como

1479 Código Civil italiano [CCI]. 16 de marzo 1942 (Italia). Art. 1343 del C.C. italiano de 1942: "Causa ilícita: la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público a las buenas costumbres".
Art. 1344: "Contrato en fraude a la ley: se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa."

enseñan la experiencia y la diagnosis más frecuente de los contratos nominados viciados de causa ilícita. En este aspecto, es especialmente instructiva la diagnosis del negocio realizado in *fraudem legis*."

Finalmente, Scognamiglio (2001) sostiene que la comprensión de la causa como función económico-social no es coherente con la teoría subjetiva del fin práctico o motivo último. Argumenta que tratar los motivos de las partes como fines únicos y constantes para todos los negocios de un mismo tipo resulta en la fusión del aspecto psicológico motivacional con el elemento objetivo de la función del acto, convirtiéndolos en un mismo concepto. Esta perspectiva desafía las interpretaciones tradicionales sobre la relación entre los motivos subjetivos y la función objetiva de los actos jurídicos.[1480]

Por otra parte, la causa entendida en su aspecto objetivo también encuentra objeciones insuperables.[1481] Scognamiglio, en buena medida, concluye que la teoría subjetiva es tan insuficiente que necesita recurrir a la teoría objetiva, y ésta, a su vez, remite parcialmente a la teoría subjetiva, y se muestra, en definitiva, errónea: "ello basta para concluir –adhiriendo a una tesis no privada de defensores- que la concepción misma de la causa como requisito autónomo del negocio es infundada."[1482]

Es decir, no sólo la concepción subjetiva sino también la objetiva resultan ser infundadas. Es por ello que Scognamiglio (2004) sentencia con toda autoridad que "hasta este punto, se ha mostrado

1480 Cfr. Scognamiglio, 2001, p. 168.

1481 Scognamiglio (2001) señala, si la causa es la función económico-social reconocida por el ordenamiento jurídico, "no existiría posibilidad, ni tendría ninguna utilidad, identificar en ella un distinto elemento (caracterizado por su esencialidad) del negocio jurídico... No existe razón, ni posibilidad, de concebir la causa como un elemento independiente del negocio, ni de que éste pueda ser afectado de invalidez, por consiguiente, ante la falta o vicio de aquélla" (pp. 169-170).

1482 Cfr. Scognamiglio, 2004, p. 313.

que las distintas teorías propuestas respecto de la causa enfrentan insuperables objeciones en el plano dogmático." (p. 313).

Si la causa es la naturaleza misma del negocio, sería redundante e inútil considerarla como un elemento del mismo. De acuerdo con el artículo 1325 del Código Civil, la causa es un componente del contrato.[1483] Sin embargo, si esto es cierto, resulta confuso afirmar que este mismo componente, esa misma causa funcional, pueda ser ilícita, según lo establecido en el artículo 1343 del Código Civil italiano.[1484] Scognamiglio lo explica claramente al proponer el ejemplo de los contratos típicos de compraventa, que entrañan un intercambio de cosa por precio, ya que la ausencia de causa significaría la carencia de precio o la compraventa de un objeto que ya fuese propiedad del comprador. "Bien vistas las cosas, aún en aquellos casos límite, lo que falta es, precisamente, el negocio de compraventa, en su funcionalidad, cuyo espacio no puede ser cubierto por una afirmación incongruente de las partes estipulantes, de haber querido realizar un contrato de dicho tipo."[1485]

Scognamiglio expone hábilmente cómo la concepción objetiva es contradictoria y carente de sentido. El contenido del negocio no puede ser un elemento independiente de éste, ya que es el negocio en sí. Este autor adopta una perspectiva que él califica de realista, sosteniendo que la ausencia de causa equivale a la inexistencia del negocio mismo.

1483 Código Civil italiano [CCI]. 16 de marzo 1942 (Italia). Art. 1325: los requisitos del contrato son: 1) El acuerdo de las partes, 2) La causa, 3) El objeto; 4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad.

1484 Código Civil italiano [CCI]. 16 de marzo 1942 (Italia). Art. 1343: la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

1485 Cfr. Scognamiglio, 2001, p. 170.

Como vemos, no solamente la doctrina de la causa clásica, o hasta el neocausalismo tienen defectos, deviniendo la causa en un elemento inútil y huero de sentido, sino también la causa en su acepción concomitante con la función económico social o función socialmente relevante o simplemente función social puesto que la causa se confunde con el tipo mismo del cual se pretende despegar.

Por otra parte, con la conclusión de la economía dirigista y el surgimiento de una constitución liberal-democrática, el negocio jurídico se transforma en un instrumento para la realización de intereses privados. Este cambio refleja un desplazamiento del enfoque de los derechos colectivos y estatales hacia la promoción de los intereses individuales, aunque sin dejar de considerar los derechos del consumidor y el rol social del Estado, que bien imbuido de principios de equidad y justicia desde los tiempos del Digesto, pero que de ninguna manera debe sojuzgar la libertad individual ni convertir a la persona en un instrumento del Estado. Ahora, examinemos cómo el tema de la consideración y su relación con la causa clásica se desarrolla.

En cuanto a la consideración, Holmes (1991) relata que en durante el reinado de Elizabeth de Inglaterra (1558-1603) la palabra causa y consideración se referían al quid pro quo, y fue usado en el mismo sentido que el de la *acción de assumpsit*. (p. 286):

> La palabra "causa" se usó para referirse a la contraprestación en los primeros años de Elizabeth, en relación con un convenio para mantenerse en espera de usos. Se usó en el mismo sentido en la acción de incumplimiento de contrato. En el informe citado anteriormente, aunque el caso principal sólo estableció una doctrina que se seguiría hoy en día, también se mencionó un caso anónimo que se interpretó como que una contraprestación ejecutada

> suministrada a petición, pero sin ninguna promesa de ningún tipo, respaldaría una promesa posterior de pagar por ella. A partir de esta autoridad y de la palabra "causa", se llegó pronto a la conclusión de que había una gran diferencia entre un contrato y un incumplimiento de contrato; y que, mientras que en el contrato todo lo que es necesario debe concurrir y encontrarse juntos, es decir, la contraprestación de un lado y la venta o la promesa del otro lado. para mantener una acción por incumplimiento de contrato, no es necesario lo mismo, ya que es suficiente si hay una causa o contraprestación móvil o precedente; por la cual se hizo la promesa. (p. 286).

En el caso *Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp*., 258 Minn. 533 (1960), 104 N.W.2d 661, puede dar luces a la definición de la consideración a partir de la teoría clásica del "bargain":[1486] "el test que ha sido desarrollado por el *common law* para determinar la aplicabilidad de promesas es la doctrina de la consideración. Este es el crudo y no siempre exitoso esfuerzo para generalizar las condiciones bajo los cuales las promesas serán legalmente vinculantes. Consideración requiere que una promesa contractual sea el producto de una negociación. Sin embargo, en este uso, negociaciones no significa un intercambio de cosas de equivalente valor. Significa una negociación

1486 "La prueba que ha desarrollado el *common law* para determinar la exigibilidad de las promesas es la doctrina de la contraprestación. Este es un intento burdo y no del todo exitoso de generalizar las condiciones bajo las cuales las promesas se harán cumplir legalmente. La consideración requiere que una promesa contractual sea el producto de un trato. Sin embargo, en este uso, "ganga" no significa un intercambio de cosas de valor equivalente o de cualquier valor. Significa una negociación que resulta en la asunción voluntaria de una obligación por una de las partes a condición de un acto u omisión por parte de la otra." *Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp*., 258 Minn. 533 (1960), 104 N.W.2d 661.

resultante en la asunción voluntaria de una obligación por una parte bajo la condición de un hecho u omisión de la otra."[1487]

En este caso particularmente la Corte opinó que no existía consideración porque no existía evidencia que sugiera que se produjo un intercambio de promesas o de valores. Este caso trata del cobro de alquileres en el cual el demandado promete el pago del alquiler atrasado a cambio de que el demandante no lo demande. Pero en el caso se determinó que la dilación del demandante en plantear la demanda fue a causa de una dilación de razón personal y no a cambio de la promesa del demandado, por lo que no existió consideración, pese a que aplicó una teoría lata de la consideración.

Por otra parte, para otros autores como Reitz (1998), en el *common law*, la consideración es un elemento harto diferente de la causa en el *civil law*. (p. 621.) Las funciones que la consideración desempeña en el *common law*, pueden muy bien ser desempeñadas por otras instituciones, como el *Promissory estoppel*, sin que la consideración quede totalmente eliminada como concepto motor de la teoría de los contratos. Y lo mismo podría decirse con respecto a la causa[1488] en el *civil law* con respecto a figuras alternas como el objeto, por ejemplo.

A propósito de la diferencia de perspectivas entre el *Civil Law y el Common Law*, Galgano (2001) trae a colación una cita que parece resumir la diferencia entre ambos sistemas: "Sigue

1487 Es importante anotar la aclaración que el Juez Loevinger da con respecto a la diferencia entre "consideración" y "causa" en el siguiente sentido: "Aunque la doctrina ha sido criticada, no se ha sugerido ningún sustituto satisfactorio. Es digno de mención que el derecho civil tiene una doctrina correspondiente de 'causa' que, a los ojos de un abogado de derecho consuetudinario, no es muy diferente de la consideración." *Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp.*, 258 Minn. 533 (1960), p. 539.

1488 Kennedy (2000) critica que tanto la doctrina de la consideración en el derecho común como la doctrina de causa en el derecho civil son medidas inadecuadas de la intención en casos particulares (pp. 94-175).

siendo fundamental, en la división entre *civil law y common law*, la distinta forma de elaborar categorías jurídicas, en dependencia de su diversa fuente, preeminentemente legislativa, en el primero; preeminentemente judicial, en el segundo. El *civil law*, por lo menos aquel que ha producido las codificaciones, es el 'derecho de los profesores", su orgullo es la 'cientificidad', entendida como sistematización del material normativo dentro de vastas categorías ordenantes, caracterizadas por un alto grado de abstracción. Por el contrario, el *common law* descree de las generalizaciones, elabora categorías jurídicas muchísimo menos extensas, más fieles a la tipología de la realidad. Se puede decir, en los términos de la filosofía analítica, que el lenguaje jurídico de los *common lawyers* es el lenguaje 'de las cosas', que tiene por objeto las cosas que componen el mundo; el de los juristas del área romanística es, más bien, un metalenguaje, que tiene por objeto, no cosas, sino otros lenguajes" (p. 103).

En efecto, Reitz (1998) manifiesta que la consideración es un requerimiento muy distinto de la causa (p. 621). El *Civil Law* omite el requerimiento de la consideración porque el derecho germano y francés poseen doctrinas que cumplen las mismas funciones. Las funciones de la consideración son desempeñadas por la causa clásica (pero solamente para los contratos sinalagmáticos, mas no para las donaciones). Por su parte Ferri entiende que la consideración del *common law* es aneja a la causa de las obligaciones como lo entendía el Código Napoleón de 1804 y el Código Civil italiano de 1865, es decir, según Ferri (2004), a la causa clásica de Domat y Pothier (p. 268).

Consideración es el precio de la exigibilidad de los contratos en las Cortes. La mayoría de los acuerdos que califican como contratos legalmente ejecutables contienen un intercambio negociado entre las partes (consideración valiosa.) Mientras que doctrinas sustitutas pueden permitir la vinculatoriedad de un acuerdo, sólo la presencia

de una consideración valiosa en ambas partes de la negociación creará un contrato bilateral ejecutable desde el momento de su incepción.[1489]

De otra parte, las inconveniencias de prescindir de una teoría de la causa o de la consideración en el contrato, son realmente nimias en comparación de la profunda incertidumbre que tales teorías traen al mundo jurídico. (Lorenzen, 1919, p. 645.)[1490]

Entonces, de existir capacidad, intención de contratar, y un objeto posible y legal, estaríamos frente a un contrato. No existe ninguna utilidad de recurrir a la teoría de la consideración.[1491] "La cuestión de si las partes realmente contemplaron un acto jurídico o se relacionaron entre sí en una base non jurídica, no puede ser determinada de ninguna doctrina de la consideración o causa, pero deber ser revisada de cada hecho en particular." (Lorenzen, 1919, p. 646).

Sin embargo, es necesario plantear una teoría precontractual que complemente a un sistema contractual integral en el que la causa (equiparada a la consideración de los contratos sinalagmáticos, como reliquias anacrónicas) puedan modificarse, modernizarse y despojarse de su anquilosada carga inútil y estéril.

1489 La teoría de la consideración resulta ser menos accesible al entendimiento del estudiante de Derecho que la teoría de la oferta y aceptación (Watson, 1997, p. 280).

1490 Pero hay algunas diferencias entre causa y consideración, sobre todo en las donaciones. Por ejemplo, en aquel contrato donde A promete darle a B una garantía escrita por un contrato ya celebrado con anterioridad, en el cual A no recibe ninguna consideración en retorno por su promesa, dicha garantía carecería de consideración, pero no de causa, así A haya actuado con generosidad. El otro ejemplo es el de la promesa de A de dar un dinero a B, el tutor de su hijo ilegítimo. Otros ejemplos serían aquellos donde A se compromete a pagar una suma de dinero a su ex esposa, en circunstancias de haberse obtenido el divorcio debido a una mala conducta de A.

1491 Por su parte, Gordon cree que la teoría de la consideración no es útil. El autor argumenta que la teoría está mal concebida, contraria a la práctica comercial y que las excepciones a la regla son especiosas. (Gordon, 1991, pp. 301-302).

5.2. Parol Evidence Rule "PER" (regla sobre evidencia verbal)

Lo que se entiende por el "Parol Evidence Rule"[1492] en el *common law*, es la regla por medio de la cual las Cortes excluyen todo tipo de evidencia que es oral y contradictoria al momento de que un contrato escrito se ejecuta. Por ejemplo, si un contrato se ejecuta por medio escrito, y después de 3 meses una de las partes quiere anular dicho contrato basado en una promesa que una de las partes dice que la otra parte realizó contemporáneamente a la ejecución del contrato escrito, pero donde dicha promesa es contraria a lo escrito en el contrato ya ejecutado, entonces dicha evidencia queda excluida bajo la regla del "Parol Evidence Rule".

Por su parte el Derecho Alemán y el Derecho Francés no reconocen ninguna regla concomitante al "Parol Evidence Rule" (Von Mehren, 1959, p. 1013).

Ahora bien, esta regla es de gran importancia en el common law, puesto que, pese a que el PE está basado en gran medida en promesas verbales,[1493] o en actos u omisiones que muchas veces escapan a la esfera de los acuerdos escritos, si hubiera un acuerdo escrito entonces una promesa que entre en contradicción con tal escrito resultaría nula. En cambio, en el civil law no existe tal regla parecida al PER,[1494] de modo que la figura del PE resulta ser más efectiva.

1492 Knapp (1998) describe la Regla de la Evidencia Parol como una norma en el derecho contractual que requiere que sólo el acuerdo escrito entre dos partes sea tomado como la expresión de su acuerdo, descartando cualquier acuerdo oral realizado fuera del contrato escrito. Esta regla también previene que una parte introduzca pruebas fuera del acuerdo escrito con el fin de contradecir o modificar los términos del acuerdo (pp. 1191-1335).

1493 Penningroth (2022) destaca la importancia de proteger los contratos escritos de ser modificados o alterados por testimonios verbales. Esta mención implica la relación con la Regla de la Evidencia Parol, que enfatiza la prioridad de los contratos escritos sobre los acuerdos verbales en ciertas circunstancias legales (p. 57).

1494 Dalton (1985) explica que la Regla de la Evidencia Parol establece que un acuerdo escrito considerado la "expresión final" del acuerdo de las partes no puede ser

5.3. Estatuto de fraudes (*Statute of Frauds).*

a) Historia

Históricamente, narran Snyder y Burge (2017, p. 259) en los primeros días del derecho inglés, después de la conquista normanda, pocos contratos se realizaban por escrito debido a que muy pocas personas sabían escribir. La mayoría de los acuerdos eran orales, como la transferencia de tierras mediante la entrega formal de un pedazo de terreno en presencia de testigos, conocido como "livery of seisin". Sin embargo, con el tiempo, el crecimiento del comercio y la educación llevó a que los documentos escritos se volvieran más comunes e importantes, ya que más personas buscaban dejar constancia por escrito de transacciones importantes. La creación de escrituras que podían ser registradas también facilitó este proceso, ya que permitía identificar la propiedad de manera clara.

La escritura tenía ventajas evidentes sobre las transacciones orales, ya que éstas dependían de la memoria (que podía ser falible) y de la honestidad de los testigos (que no siempre era perfecta). Además, debido a la complejidad del procedimiento judicial británico, existía una clase de testigos profesionales que esperaban trabajo en los tribunales de justicia y estaban dispuestos a jurar cualquier cosa siempre y cuando se les pagara por ello. Esta situación creaba un terreno fértil para el fraude. (Snyder y Burge, 2017, pp. 259 y ss.).

De modo que en 1677 el Parlamento Inglés,[1495] con el consentimiento del Rey Carlos II, promulgó la "Ley de Prevención de Fraudes

contradicho o complementado por otros escritos, discursos o conductas (pp. 997-1114).

1495 Arnold (1976) cree que el Estatuto de Fraudes es una norma establecida en 1677. Aunque el documento no entra en detalles sobre lo que implica esta norma, menciona que probablemente fue motivada por consideraciones similares a la regla de que una promesa debe estar por escrito y sellada para que los tribunales centrales consideren una acción sobre ella (p. 990). En el mismo sentido, Lorenzen (1919)

y Perjurios" ("El Estatuto de Fraudes"[1496]) cuyas secciones 4 y 17, pertinentes a los contratos, Speidel y Ayres (2003) pasan a resaltar:

> Sección 4: Ninguna acción será admitida:
>
> (1) para exigir a ningún ejecutor o administrador en virtud de alguna promesa especial, responder por daños con su propio patrimonio;
>
> (2) para exigir al demandado en virtud de alguna promesa especial, responder por la deuda, incumplimiento o mal desempeño de otra persona;
>
> (3) para exigir a cualquier persona en virtud de algún acuerdo hecho en consideración al matrimonio;
>
> (4) para exigir en virtud de algún contrato o venta de tierras, bienes raíces o heredades, o algún interés relacionado con ellos;
>
> (5) para exigir en virtud de algún acuerdo que no deba cumplirse dentro de un plazo de un año desde su realización; a menos que el acuerdo sobre el cual se entable dicha acción, o algún memorando o nota del mismo, esté por escrito y firmado por la parte que se le impute la

señala que el Estatuto de Fraudes fue introducido en Inglaterra en 1677 y exige que ciertos contratos estén por escrito (p. 643).

1496 Baron (1989) menciona el Estatuto de Fraudes, una ley de 1677 que impone requisitos formales para los testamentos, como la necesidad de una firma y testigos, y se orienta a prevenir el fraude y el perjurio. Además, se refiere a este estatuto como un conjunto de disposiciones que establecen requisitos para los contratos. El Estatuto de Fraudes requiere que ciertos tipos de contratos, incluyendo los testamentos de bienes inmuebles, estén por escrito y cumplan con ciertos requisitos formales para ser válidos. También se menciona en relación con "contratos dentro del Estatuto de Fraudes", sugiriendo su impacto en la ejecutabilidad de ciertos contratos. En resumen, el Estatuto de Fraudes establece que ciertos tipos de contratos deben estar por escrito y firmados (pp. 155 y ss.).

> responsabilidad o alguna otra persona autorizada por él de manera legal.
>
> Sección 17: Y además se promulga [que] ningún contrato para la venta de bienes, mercancías y productos, por el precio de diez libras esterlinas o más, se considerará válido, a menos que el comprador acepte parte de los bienes vendidos y efectivamente los reciba, o dé algo como señal para comprometer la transacción, o como parte de pago, o que se haga algún nota o memorando por escrito de dicho acuerdo y sea firmado por las partes que sean responsables en virtud de dicho contrato, o por sus agentes legalmente autorizados (p. 165).

El inglés llega a América. Los primeros estados estadounidenses adoptaron la legislación inglesa original de fraude estatutario porque eran colonias inglesas cuando se promulgó la ley. Posteriormente, otros estados adoptaron las reglas legislativa o judicialmente de estas primeras colonias. Desde 1677, la idea de un requisito de escritura para ciertos contratos ha sido extremadamente popular entre las legislaturas, que han creado miles de requisitos específicos que exigen que ciertos documentos legales se redacten por escrito para que sean exigibles. (Snyder y Burge, 2017, p. 260).

Speidel y Ayres (2003) luego refieren que la Sección 4 fue adaptada en los EE.UU. con ciertas modificaciones y que la sección 17 del Estatuto de Fraudes fue asumida en la Sección 4 de la Ley Uniforme de Ventas:

> La Sección 4 fue ampliamente seguida en este país, aunque en algunos casos se modificó el lenguaje y en otras transacciones (por ejemplo, contratos para hacer un testamento o pagar una comisión a un agente de bienes

raíces) a veces se añadieron. El equivalente estadounidense de la Sección 17 fue la Sección 4 del Acta Uniforme de Ventas, que establecía lo siguiente:

(1) Un contrato de venta o una venta de bienes o créditos de un valor de quinientos dólares o más no será exigible mediante acción legal a menos que el comprador acepte parte de los bienes o créditos objeto del contrato o venta, los reciba efectivamente, o dé algo como señal para comprometer el contrato o como parte del pago, o a menos que algún documento o memorando por escrito del contrato o venta sea firmado por la parte que se le impute la responsabilidad o su agente en ese sentido.

(2) Las disposiciones de esta sección se aplican a todo contrato o venta mencionado, sin importar que los bienes estén destinados a ser entregados en algún momento futuro o que en el momento del contrato o venta no se hayan fabricado, obtenido o provisto realmente, o no estén aptos o listos para su entrega, o que se requiera algún acto para su fabricación o finalización, o para que sean aptos para su entrega; pero si los bienes son fabricados especialmente por el vendedor para el comprador y no son aptos para la venta a otros en el curso ordinario de los negocios del vendedor, las disposiciones de esta sección no se aplicarán.

(3) Se considera una aceptación de los bienes en el sentido de esta sección cuando el comprador, ya sea antes o después de la entrega de los bienes, expresa mediante palabras o conducta su consentimiento para convertirse en propietario de esos bienes específicos.

> La Sección 4 del Acta Uniforme de Ventas ha sido reemplazada por la Sección 2-201 del Código Comercial Uniforme. (pp. 165-166).

Como vemos, la Sección 17 del original Estatuto de Fraudes evolucionó hasta convertirse en la actual Sección 2-201 del UCC[1497] (*Uniform Commercial Code* o Código Comercial Uniforme) que dice:[1498]

> § 2-201. Requisitos Formales; Estatuto de Fraudes.
>
> (1) Salvo que se disponga lo contrario en esta sección, un contrato de venta de bienes por un precio de $500 o más no es exigible mediante acción o defensa, a menos que exista algún escrito suficiente que indique que se ha realizado un contrato de venta entre las partes y que esté firmado por la parte contra la cual se busca hacer cumplir o por su agente o corredor autorizado. Un escrito no es insuficiente porque omita o declare incorrectamente un término acordado, pero el contrato no es exigible bajo este párrafo más allá de la cantidad de bienes mostrada en dicho escrito.
>
> (2) Entre comerciantes, si en un plazo razonable se recibe un escrito de confirmación del contrato que sea suficiente contra el remitente y la parte que lo recibe tiene motivos para conocer su contenido, dicho escrito cumple con los requisitos del párrafo (1) contra dicha parte, a menos que se presente un aviso por escrito de objeción a su contenido dentro de los 10 días posteriores a su recepción.

1497 Posner (1998) aborda la Ley de Fraudes, una norma que exige que ciertos contratos estén por escrito para ser ejecutables. En este documento, se discute específicamente la sección 2-201 del Código Comercial Uniforme (UCC), que requiere que los contratos de venta de bienes por un valor determinado estén redactados por escrito (p. 1975).

1498 Sección 2-201 del UCC. Código Uniforme de Comercio [UCC], 1952 (EE.UU.).

> (3) Un contrato que no cumple con los requisitos del párrafo (1), pero que es válido en otros aspectos, es exigible:
>
> (a) si los bienes deben ser fabricados especialmente para el comprador y no son adecuados para la venta a otros en el curso ordinario de los negocios del vendedor, y el vendedor, antes de recibir aviso de repudiación y en circunstancias que indiquen razonablemente que los bienes son para el comprador, ha comenzado sustancialmente su fabricación o ha asumido compromisos para su adquisición; o (b) si la parte contra la cual se busca hacer cumplir admite en su contestación, testimonio o de cualquier otra manera en el tribunal que se hizo un contrato de venta, pero el contrato no es exigible bajo esta disposición más allá de la cantidad de bienes admitida; o (c) con respecto a los bienes por los cuales se ha realizado y aceptado el pago, o que se han recibido y aceptado (Sec. 2-606).

En la actualidad, el Estatuto de Fraudes[1499] en los EE.UU. ha sido ampliamente adoptado y se lo conoce por un acrónimo MY LEGS[1500] que pasamos a detallar (Snyder y Burge, 2017, pp. 4-5):

1499 Barnett (1987) explica que el Estatuto de Fraudes impide reclamaciones contractuales basadas en testimonio oral cuando es probable que el contrato hubiera sido reducido a escrito (pp. 443-497).

1500 Palmer (1989) señala que el Estatuto de Fraudes es una ley que exige que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Según el documento, esta ley requiere específicamente un documento escrito para seis categorías de contratos, incluyendo: la promesa de un ejecutor de pagar daños con su propio patrimonio, una promesa de pagar la deuda de un tercero y contratos considerados dentro del matrimonio. Aunque el documento no define explícitamente el Estatuto de Fraudes, menciona que exige que ciertos contratos estén por escrito para ser ejecutables (pp. 14-16).

Marriage: Contratos en contemplación de matrimonio,[1501] por ejemplo, acuerdos prenupciales o promesas familiares de transferir propiedades a la nueva pareja. Restatement (Second) of Contracts § 124.[1502]

Year: Contratos que no pueden ser cumplidos dentro de un año a partir de la fecha del contrato. Restatement (Second) of Contracts § 130.[1503]

Land: Contratos que involucran la venta de tierras y otros tipos de intereses en tierras,[1504] como servidumbres y derechos minerales, según lo establecido por cada estado. Restatement (Second) of Contracts §§ 125-129.[1505]

1501 Según Pollock (1902), el Estatuto de Fraudes es una ley que exige que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Esta ley es aplicable a garantías, acuerdos relacionados con el matrimonio, intereses en bienes raíces, acuerdos que no se pueden ejecutar dentro de un año y la venta de bienes (pp. 160-163).

1502 American Law Institute. (1981). Sección 124. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]: Una promesa por la cual todo o parte de la contraprestación es matrimonio o una promesa de matrimonio está dentro del Estatuto de Fraudes, excepto en el caso de un acuerdo que consiste únicamente en promesas mutuas de dos personas para casarse entre sí.

1503 American Law Institute. (1981). Sección 130. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]: (1) Cuando cualquier promesa en un contrato no puede cumplirse completamente dentro de un año desde el momento en que se hace el contrato, todas las promesas en el contrato están dentro del Estatuto de Fraudes hasta que una de las partes del contrato complete su cumplimiento.
(2) Cuando una de las partes de un contrato ha completado su cumplimiento, la disposición de un año del Estatuto no impide el cumplimiento de las promesas de las otras partes.

1504 Freed (1986) menciona que el Estatuto de Fraudes es un principio legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Se menciona en este documento en el contexto de casos donde se encontró que los acuerdos orales entre cohabitantes eran nulos porque violaban el Estatuto de Fraudes (p. 331).

1505 American Law Institute. (1981). Sección 125. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]: (1) Una promesa de transferir a cualquier persona cualquier interés en la tierra está dentro del Estatuto de Fraudes. (2) Una promesa de comprar cualquier interés en la tierra está dentro del Estatuto de Fraudes, independientemente de la persona a quien se le haga la transferencia. (3) Cuando se ha hecho una transferencia de un interés en la tierra, una promesa de pagar el precio, si originalmente estaba dentro del Estatuto de Fraudes, deja de estarlo a menos que el precio prometido sea en sí

> Executors: Contratos de ejecutores para pagar deudas con sus propios recursos personales. Se aplica sólo a promesas de pagar deudas con los recursos del ejecutado, no con los recursos del patrimonio del difunto. Restatement (Second) of Contracts §§ 111.
>
> Gift: Contratos de venta de bienes por encima de $500. Recordemos que el Código Comercial Uniforme define los bienes como cosas "tangibles" y "muebles", lo que no incluye bienes raíces, servicios y derechos legales intangibles. Uniform Commercial Code § 2-201 (ya reseñado).[1506]
>
> Surety: Contratos de fianza. Estos son contratos en los que una parte se compromete a ser responsable por las deudas de otra persona. El tipo más común es lo que conocemos como "aval" en un préstamo, pero existen otros tipos. Ver Restatement (Second) of Contracts §§ 112-123.[1507]

Por su parte, en el Código Francés, después de la enmienda del año 2016, encontramos el artículo 1341 que es parecido al Estatuto de Fraudes: "Deberán extenderse en acta ante notario o en escritura privada todas aquellas cosas que excedan de una suma o de un valor establecido por decreto, incluso para depósitos voluntarios, y no se recibirá ninguna prueba testifical contra y más allá del contenido

---

mismo en todo o en parte un interés en la tierra. (4) Los estatutos en la mayoría de los estados, excepto el contrato de tierras y las disposiciones de un año del Estatuto de Fraudes, son arrendamientos a corto plazo y contratos de arrendamiento, por lo general por un plazo no mayor a un año.

1506 Farber (1983) menciona que la doctrina de la contraprestación es una de las razones por las cuales las promesas de hacer regalos generalmente no son exigibles (p. 313).

1507 Second Restatement of Contracts [SRC], § 112. 1981. (EE.UU.)]: Un contrato no está dentro del Estatuto de Fraudes como un contrato para responder por el deber de otro a menos que el prometido sea un obligante del deber del otro, el promitente sea un fiador para el otro, y el prometido sepa o tenga razón para saber del deber del otro. relación de fianza.

de las actas, ni sobre lo que fuera alegado haber sido dicho con anterioridad, en el momento o después de las actas, aunque se trate de una suma o un valor menor. Todo ello sin perjuicio de lo preceptuado en las leyes relativas al comercio." (D. No. 80-533 del 15 de Julio de 1980: 5,000 F – € 800)."[1508]

Mientras tanto el Código Alemán no tiene una provisión parecida al artículo 1341 del Código Francés. (Von Mehren, 1959, pp. 1019-1020).

b) Crítica al estatuto de fraudes

El Estatuto de Fraudes ha sido en su mayoría derogado en Inglaterra en 1954, en su propia tierra natal por el Parlamento Británico[1509] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Bienes (CISG) no dispone que los contratos sean por escrito (Snyder y Burge, 2017, p. 261).

Para los autores Speidel y Ayres (2003) el Estatuto de Fraudes, como norma, a veces promueve más fraudes del que pretende prevenir:

> La afirmación repetida de que el requisito de escritura de la ley puede, como argumentó el Lord Cambell, "promover más fraude del que previene" es una afirmación sobre dos tipos diferentes de fraude. Un demandante puede afirmar falsamente la existencia de una promesa (donde el demandado en realidad no había prometido). O un demandado puede negar falsamente la existencia de un contrato (donde en realidad había hecho una promesa oral previa). El requisito de escritura reduce las afirmaciones

1508 Código Civil Francés (CCF), 2016. (Francia).

1509 Mc Kendricks(2017) indica que el Estatuto de Fraudes es una ley de 1677 que exigía que ciertos tipos de contratos estuvieran por escrito. Sin embargo, la mayoría de sus disposiciones fueron derogadas en 1954, por lo que ya no es una parte significativa del derecho contractual inglés (p. 111).

> fraudulentas de promesa, pero puede exacerbar las negaciones fraudulentas de promesa, ya que los promisores orales aprenden que el requisito de escritura les otorga cierto grado de libertad para renunciar a su promesa sin penalización legal (p. 166).

Y esta crítica al Estatuto de Fraudes es extensiva al Parol Evidence Rule[1510] (regla que impide añadir modificaciones orales a un contrato escrito). Así Speidel (2003) lo asevera:

> La regla de la evidencia extrínseca [*parol evidence rule*]... plantea cuestiones similares. Ahí, la pregunta no es si existe un contrato, sino si una promesa oral en particular que agrega términos adicionales formaba parte del contrato. Una vez más, existen dos tipos de fraude: afirmaciones falsas y negaciones falsas. La presencia o ausencia de un requisito de escritura (ahora con respecto al término adicional afirmado) reducirá un tipo de fraude y exacerbará otro. Por último, las posibles víctimas de negaciones falsas pueden protegerse exigiendo que las promesas orales se reduzcan a escrito (p. 167).

Como veremos a continuación, el *promissory estoppel* ha tratado de equilibrar este desbalance entre afirmaciones falsas o negaciones falsas trascendiendo los límites y las falencias de ambas teorías, tanto del Estatuto de Fraudes[1511] como del Parol Evidence Rule. En el

1510 Barnett (1986) señala que es una que regula el uso de la evidencia oral. Esta regla generalmente impide la introducción de pruebas extrínsecas para contradecir o complementar los términos de un contrato escrito (pp. 269 y ss.).

1511 Becker (1987) explica que explica que el Estatuto de Fraudes es una norma legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Su propósito es prevenir el fraude y alentar a las partes a documentar acuerdos importantes (pp. 443-497).

anexo IV veremos casos donde el *promissory estoppel* puede resolver situaciones desafiando el Estatuto de Fraude por ejemplo.[1512] También veremos en el anexo III cómo la CIC no da resultados justicieros a situaciones donde claramente una formalidad anula la aplicación de una posible aplicación equitativa (por ejemplo, el caso español *Plus Ultra*,[1513] o el caso *Gata Capital*.[1514]

Por otro lado, existe legislación moderna que trata de cerrar el abismo que deja la era digital y el Estatuto de Fraudes, promulgando leyes como el Uniform Electronic Transactions Act (UETA) (1999), y el Federal Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-SIGN). (2012). E-SIGN Act, 15 U.S.C. §§ 7001-7006, para referirnos a un par de legislaciones en este sentido.[1515]

c) El Estatuto de fraudes y el *promissory estoppel*

En cuanto al Estatuto de Fraudes en los Estados Unidos y su interacción con el "*promissory estoppel*", tenemos el caso *Jamestown Terminal Elevator, Inc.* V *Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976), que da algunas luces con respecto a los contratos de venta de bienes oral, donde la fecha de entrega no fue explícitamente determinada. El Juez Paulson argumentó que el "*promissory estoppel*" pudiera ser aplicado

1512 Véase *Conrad v. Fields*, No. A06-1387 (Minn. Ct. App. July 24, 2007), *Jamestown Terminal Elevator, Inc.* V *Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).

1513 STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009).

1514 STS 11-02-2016 (RJ 502/2016).

1515 La evolución del panorama digital ha llevado a la creación de una serie de leyes importantes para salvaguardar la privacidad y regular el marketing electrónico. Estas incluyen la Ley Can-Spam de 2003 contra el correo electrónico no deseado, la Ley de Prevención de Identificación Falsa en Internet de 2000 para proteger identidades en línea, la COPPA de 1998 para la privacidad infantil en línea, la HIPAA de 1996 para la seguridad de los datos de salud, la CCPA de California de 2019 y el SHIELD Act de Nueva York de 2019 para el control y protección de datos personales, y la TCPA de 1994 para regular las llamadas de telemarketing. Además, la SESRA de Nueva York de 2001 reconoce la validez legal de las firmas electrónicas. Estas leyes colectivamente forman un marco para asegurar que la privacidad sea respetada y que las prácticas de marketing electrónico sean éticas y responsables.

para evitar que el Estatuto de Fraudes invalide el acuerdo.[1516] ("El *promissory estoppel* se puede aplicar para evitar la ley de fraudes con respecto a los acuerdos orales para la venta de bienes si el acuerdo se establece primero mediante prueba competente, cuando el estatuto no anula dicho acuerdo.")[1517]

En este caso, el demandado Hieb apela una orden de la corte inferior del Condado de Stustman en la que otorgó daños a favor del demandante *Jamestown Terminal Elevator, Inc.*, por incumplimiento de contrato, al no entregar el grano en la fecha en que el demandante pensó que debería entregarse. Esta acción nació de muchas llamadas telefónicas entre el demandado Hieb y los representantes del demandante Terminal el 3 de Julio de 1973. Terminal argumentó que Hieb se comprometió a entregar 10,000 bushels de trigo a $2.65 a entregarse dentro de "un par de semanas." El mismo día 3 de Julio de 1973, Terminal revendió las 10,000 bushels que esperaba recibir de Hieb, con una proyección de entrega de la reventa para el 31 de agosto de 1973.

Por su parte, Hieb alegó que ningún acuerdo se había realizado entre las partes el 3 de junio de 1973, y que lo único que hubo fue una oferta oral de Terminal de comprar 10,000 bushels de trigo a $2.65 cada bushel. Pero cuando Hieb no entregó los 10,000 bushels de trigo dentro de las siguientes dos semanas, el manager de Terminal Donald DeMersseman, contactó Hieb en su granja el 19 de Julio de 1973 para ver cuándo se realizaría la entrega.

1516 DeLong menciona que algunos tribunales se niegan a hacer cumplir promesas orales porque las partes "deberían haber sabido que el arrendamiento no sería ejecutable a menos que estuviera por escrito". El Estatuto de Fraudes es un principio legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. (Delong, S. (1997). The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial *Promissory estoppel*: Section 90 as Catch-22. *Wisconsin Law Review*, pp. 943-1022).

1517 *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).

El 14 de agosto de 1973, los abogados de Terminal enviaron una carta certificada a Hieb demandando la entrega del grano para el 31 de agosto de 1973. Cuando Hieb incumple con la entrega, Terminal "cura" la carencia y compra el trigo en el mercado, pero el precio de cada bushel estaba en $6.75 cada bushel, resultando en un incremento de $37,500 sobre el precio original del 3 de Julio de 1973.

La evidencia de los hechos reveló que efectivamente se produjo un acuerdo de vender el trigo a la compañía Terminal por parte de Hieb. También se determinó durante el curso del juicio que el día en que el trigo debería de haber sido entregado está gobernado por indicadores como los usos del comercio y los usos entre las partes, de donde se determinó que la fecha de entrega debía haber sido el 31 de agosto de 1973, porque Hieb había sido notificado o por lo menos había sido informado de tal fecha. Por su parte Hieb argumentó que el acuerdo estaba viciado por el Estatuto de Fraudes porque el acuerdo era oral y versaba sobre la entrega de productos cuyo valor era superior a los $500 y por lo tanto debería estar gobernado por el estatuto de fraudes.[1518]

Sin embargo, el Juez Paulsen opinó:

> Cabe señalar que este estatuto hace que un contrato verbal para la venta de bienes en exceso de $500 'no sea ejecutable', en lugar de 'nulo' o 'anulable'. Además 41-01-03, N.D.C.C. (1-103, U.C.C.], proporciona:
>
> "Principio general suplementario de la ley aplicable: a menos que sean desplazados por la disposición particular de este título, los principios de la ley y la equidad, incluida la

1518 Pound (1922) señala que la Ley de Fraudes es un *principio* legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables, y hace referencia a "requisitos de prueba al modo de la Ley de Fraudes" (p. 238).

> ley mercantil y la ley relativa a la capacidad para contratar, principal y agente, impedimento, fraude, tergiversación o falsedad, coacción, la coerción, error, quiebra u otra causa validante o invalidante complementará su disposición".
>
> En *Farmers Cooperative Ass'n of Churchs Ferry v. Cole*, 239 N.W. 2d 808, 812 (ND 1976), este tribunal declaró: "El Estatuto de Fraudes tiene como objetivo prevenir fraudes y perjurios y a menudo se ha dicho que los tribunales no deben permitir que el Estatuto de Fraudes se utilice como un instrumento para cometer fraude … La evasión en el Estado está limitada para algunos propósitos por un estatuto que dispone:
>
> Cuando una parte, por su propia declaración, acto u omisión, intencional y deliberadamente haya inducido a otra persona a creer que una cosa en particular es cierta y a actuar sobre tal creencia, no se le permitirá falsificarla en ningún litigio que surja de tal declaración, acto u omisión." Sección 31-11-06, NDCC.
>
> Si el principio de *estoppel* se aplica de manera demasiado amplia, lograría una derogación completa del Estatuto de Fraudes y *estoppel* puede convertirse en la herramienta para lograr el fraude. Por el contrario, una aplicación demasiado restringida del principio de *estoppel* puede permitir que el Estatuto de Fraudes sea la herramienta para lograr el fraude". ((*Jamestown Terminal Elevator, Inc.* V *Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976)).

Como vemos, esta Corte hizo una diferenciación entre el efecto del *Statute of Frauds* con respecto a los contratos orales de venta

de bienes en exceso de $500 como "inejecutable" o "inaplicable" (not enforceable") pero no como nulo o anulable ("void" or "voidable").[1519]

Por lo tanto, lo que hizo el juez Paulsen fue analizar toda esta evidencia, aplicar el *promissory estoppel* de cara a los principios generales del derecho como la equidad, y colegir que sí existió un acuerdo contractual y que Hieb no podría zafarse de este acuerdo usando el Estatuto de Fraudes para cometer su propio fraude (bajo el argumento de aplicar el Estatuto de Fraudes), y que por lo tanto la sentencia de la Corte inferior estaba bien dada y la Corte de apelaciones lo reafirmó.

Este es un ejemplo concreto de cómo el derecho normativo (estatuto de fraudes) es vencido por la aplicación del principio de la equidad en la figura del *promissory estoppel*,[1520] y cómo la figura de la consideración no jugó un papel preponderante para invalidar o nulificar la transacción. De esta forma queda demostrado con este ejemplo que la consideración, asumida como el intercambio de bienes y dinero sujeto al estatuto de fraudes, no es un principio absoluto, y que la equidad pudo resolver este asunto para prevenir otro posible fraude, usando herramientas como el *Promissory estoppel*.

De otra parte, en el campo del derecho civil es difícil imaginar una situación en la cual la jurisdicción local tenga un estatuto de fraudes (tal como Francia por ejemplo) que declare inaplicable un contrato

1519 Sobre el carácter ejecutable o no ejecutable y la interacción con la sustancia y la forma de la consideración, Gamage y Kedem (2006) argumentan que la teoría de la consideración no es una buena manera de distinguir entre promesas que son exigibles y aquellas que no lo son. Específicamente, critican tanto los argumentos formales como los argumentos sustantivos en favor de la doctrina de la consideración, sosteniendo que no son convincentes (p. 1307).

1520 Mills (1996) menciona que el *estoppel* promisorio puede utilizarse para "evitar una aplicación draconiana del Estatuto de Fraudes". Esto implica que el Estatuto de Fraudes es algún tipo de regla o ley que puede ser severa en ciertas situaciones (p. 48).

superior a los $500 que no esté redactado por escrito, y que al mismo tiempo exista una promesa oral de entrega de un producto por miles de dólares, y que dicha promesa genere en el aceptante un cambio de posiciones en el sentido de realizar un contrato adicional con una tercera parte para revender los productos en un determinado tiempo. Cuando el proveedor original no entrega la mercancía prometida, obviamente genera un daño al aceptante porque se ve compelido a buscar en el mercado un proveedor supletorio para poder cumplir sus compromisos de reventa. Ese daño emergente puede ser cubierto por el RINP para evitar que el proveedor original se retracte impunemente de su promesa original de "mala fe" o por lo menos sin mediar "buena fe" (de acuerdo a los postulados de la doctrina del RINP). Y no existiría "buena fe" en el actuar del proveedor original (en este caso Hieb) por cuanto estaría quebrantando injustificadamente una negociación preliminar con Terminal, y dicho quebrantamiento genera daños negativos que Hieb tiene que responder.

Si bien es cierto ambas figuras llegarían a un destino similar (en el entendido que los jueces de ambas jurisdicciones no apliquen a rajatabla el Estatuto de Fraudes), la figura del PE es más eficiente porque el RINP impone una obligación probatoria adicional cual es la de demostrar que el promitente actuó de mala fe.[1521] En este sentido, Hieb pudiera alegar también que -de existir el Estatuto de Fraudes, como en la jurisdicción francesa- el contrato original de entrega de bienes superior a los $500 es inválido por ser un contrato oral, y por lo tanto no podría ser vinculante, y por ende Hieb podría alegar que no actuó de mala fe porque se basó en la existencia del Estatuto de Fraudes que explica que ningún contrato de venta de bienes superior a los $500 es ejecutable si no es por escrito. Entonces, el RINP no

1521 Dworkin (1996) cree que los jueces forman parte de una novela encadenada donde cada uno de ellos escribe un capítulo que en conjunto cobra sentido, *ad literam* (p. 10).

podría actuar porque el mismo Estatuto de Fraudes le impondría una trampa adicional al obligar a Terminal a demostrar como Hieb actuó de mala fe cuando el mismo Hieb alega haberse confiado en el estatuto de fraudes.[1522]

Tenemos otro caso en el que interactúa el estatuto de fraudes, la consideración y los contratos, *Signal Hill Aviation Co. V. Stroppe*, Civ. No. 53239, Second. Dist. Div. Four, Sept. 4, 1979).[1523] El tema es que el demandante entró en negociaciones con el demandado (y le promete darle la propiedad en alquiler), que era una corporación que le iba a ceder el alquiler de unos locales en el aeropuerto (ya que el demandado Stropped había alquilado de la Ciudad una propiedad en el Aeropuerto de Long Beach, desde 1965, y había obtenido permiso para renovar tal alquiler en 1975 y 1980, a condición que se realicen ciertas reparaciones en las instalaciones). En confianza y basado en esa promesa, el demandante se emplaza en las instalaciones, empieza a hacer reparaciones, pero el demandado no cedió el contrato de arriendo al demandante, sino a una tercera persona en 1975, ganando un ingreso adicional mensual $765, incluso hasta que se realizó el juicio en 1977. Cuando se entabló la demanda, el demandado argumentó que no había contrato porque no hubo consideración ni intercambio de dinero, y que un contrato de arrendamiento estaba sujeto al estatuto de fraudes y que por lo tanto debería de haber constado por escrito. Sin embargo, la Corte asumió que el demandado no podía usar la teoría de la consideración o del contrato porque de lo contrario

1522 De esta forma, el RINP se presenta como una figura poco efectiva porque impone una obligación adicional que la hace impráctica, y por ende se impone a sí misma la trampa probatoria que finalmente se presenta como un "disparo en el pie" o como "ponerse la soga al cuello" impidiendo que el RINP consiga el objetivo justiciero que anhela.

1523 *Signal Hill Aviation Co. V. Stroppe, Civ.* No. 53239, Second. Dist. Div. Four, Sept. 4, 1979.

se legitimaría un enriquecimiento injusto del demandado.[1524] Al contrario, la Corte usó la teoría del *Promissory estoppel* por medio de la cual la consideración y el estatuto de fraudes no se aplicaron, asimismo la Corte otorgó daños reales y expectaticios al demandante, o sea no solamente ordenó al demandante resarcir los daños que el demandante incurrió sino también ordenó resarcirlo por lo que pudo haber ganado (daños expectaticios o lucro cesante), y ordenó que si el contrato de arrendamiento no se le transfería al demandante entonces el demandado tendría que transferir al demandante todas las ganancias por renta a terceros que es lo que el demandante podría haber ganado de haberse producido la transferencia de la propiedad rentada a tiempo. Este caso es un ejemplo, no solamente de cómo la consideración no resuelve problemas desde la teoría del contrato, sino cómo una herramienta como el *promissory estoppel*, sirve no solamente para recuperar los daños reales o negativos, sino daños expectaticios o lucro cesante, que es lo que el demandante podría haber ganado si no se hubiera truncado la promesa.[1525]

Sin embargo, la teoría del *promissory estoppel* no destierra totalmente al estatuto de fraudes, sobre todo en asuntos donde, por ejemplo, en un contrato de compra de bienes, se especifica por escrito que el demandado tendría que entregar una cantidad de bienes, pero no lo hace. Tenemos el caso, por ejemplo, de *Anderson Const. Co. Inc.* V *Lyon Metal Prod.*, 370 So. 3d 935 (1975),[1526] donde un colegio sometió

1524 Goetz (1980) postula que el derecho de los contratos se ha expandido más allá de las limitaciones de la teoría de la consideración para incluir principios como la confianza legítima y el enriquecimiento injusto (p. 1363).

1525 Un comentario sobre la teoría del RINP de frente a este caso es que el RINP no busca intereses positivos o lucro cesante, solamente el daño emergente o intereses negativos. Sin embargo, en este caso la Corte otorgó lucro cesante o interés positivo, pese a que el caso no es un tema de consideración sino un caso de *promissory estoppel*.

1526 *Anderson Const. Co. Inc.* V *Lyon Metal Prod.*, 370 So. 3d 935 (1975).

a concurso la licitación de la instalación de casilleros. El demandante obtiene una cuota del subcontratista antes de someter su oferta. El subcontratista le da un valor basado en 306 casilleros, pero la escuela necesitaba 496 casilleros. El tema es que el demandante sabía que el subcontratista le había dado un presupuesto basado en 306 casilleros y no en 496. Como el tema era de una venta de bienes, y existía un error sobre la cantidad de productos, la Corte decidió que este tema pertenecía a la esfera del contrato por cuanto se había producido un error en la cantidad y por lo tanto el contrato no se había formado. La teoría del *promissory estoppel* no se aplicó. Como vemos, pese a que la teoría del *promissory estoppel* no se aplica, ni siquiera se aplica la teoría de la consideración, pero sí se aplicó la teoría del error con el fin de descalificar el contrato.

En efecto, el estatuto de fraudes opera como una defensa contra el fraude, y también como una defensa cuando existe un error matemático, y siempre y cuando el estatuto de fraudes no sea empleado como una herramienta para afianzar el posible fraude del demandado; pero de no existir este fraude, el *promissory estoppel* no puede ayudar a repeler la presencia del estatuto de fraudes porque el *promissory estoppel* solamente puede prevenir el funcionamiento del estatuto de fraudes cuando el fraude esté presente, para evitar brindar un beneficio no correspondido que se pretende alcanzar a través de la operación del estatuto de fraudes. (*Edwar Joy Co. V. Noise Control Products, Inc.*, 111 Misc. 2d 64 (1981), Supreme Court, Onondaga County, October 20, 1981).[1527]

En cuanto al tema del RINP y la confluencia con la teoría del error o el estatuto de fraudes, es claro que la teoría del error prevalece sobre la teoría del estatuto de fraudes, pero algunas jurisdicciones

1527 *Edwar Joy Co. V. Noise Control Products, Inc.*, 111 Misc. 2d 64 (1981).

no tienen un estatuto de fraudes, como sí lo tiene el *common law* americano, donde el PE prevalece muchas veces por encima del estatuto de fraudes para evitar que un tecnicismo sea usado como fraude a favor del demandado.

En efecto, los contratos que deben ser ejecutados por escrito y que serán cumplidos en un plazo mayor de un año, deben constar por escrito, bajo pena de ser inejecutables o inaplicables según el estatuto de fraudes. Y cualquier confianza detrimental en una promesa que verse sobre tales contratos de ejecución en un término mayor de un año, puede ser que no sea acogida por el *promissory estoppel*, como el caso de la confianza detrimental del caso *Libby-Broadway Drive-In, Inc. V. McDonald's Sys, Inc.*, 72 Ill. App. 3d 806 (1979), 391 N.E. 2d. 1.[1528]

Obviamente que hay casos en los cuales el *promissory estoppel* no se aplica porque hay situaciones circundantes que hacen imposible su aplicación, por ejemplo, en el caso *Tiffany Icorporated v. MVK Transti Mix., Inc.*, 493 P.2d 1220 (Ariz. Ct. App. 1972),[1529] el estatuto de fraudes se aplicó para invalidar una promesa que resultaba no ejecutable. El subcontratista hizo una promesa oral, el contratista envió una confirmación escrita que fue rechazada dentro de 10 días por el subcontratista. No existe razón para confiar en el estimado del subcontratista cuando fue expresamente rechazada por el subcontratista.

De la misma forma, la Corte de Apelaciones de Florida fue enfática en expresar que un contrato de servicios ejecutables en 5 años estaba sujeto al estatuto de fraudes y necesitaba estar por escrito, de acuerdo al Estatuto de Fraudes, en cuyo caso el *promissory*

1528 *Libby-Broadway Drive-In, Inc. V. McDonald's Sys, Inc.*, 72 Ill. App. 3d 806 (1979).
1529 *Tiffany Incorporated v. MVK Transti Mix., Inc.*, 493 P.2d 1220 (Ariz. Ct. App. 1972).

estoppel no podría prevalecer. *Tanenbaum v. Biscayne Osteopathic Hospital, Inc*. 190 So. 2d 777 (1966).[1530]

Sin embargo, tenemos que observar que hay casos en los cuales las Cortes opinan que el estatuto de fraudes es un instrumento para prevenir fraudes, como un escudo para evitar fraudes, pero no como una espada para apoyar a un fraude. Es el caso de un vendedor de una casa y un comprador, que contratan a un bróker común, el mismo que decide renunciar su comisión de $5,000 que le iba a pagar el vendedor para que el precio de la casa se reduzca y el comprador pueda comprarla, a condición que el comprador le pagara $2,500 al bróker. En efecto, se produce la transacción, pero el comprador rehúsa pagar los $2,500 al bróker argumentando que dicha promesa de pago no constaba por escrito y por lo tanto el estatuto de fraudes no podría hacer ejecutable tal promesa. La Corte opinó: "Cuando una parte, confiando en un contrato verbal que debería haberse reducido a escrito, ha cambiado su posición o se ha desprendido de valor de modo que sería una injusticia permitir que la otra parte se base en el estatuto de fraudes, la doctrina de equidad se invocará el impedimento y no se dispone del estado de fraudes para perpetuar el fraude". *Le Blond v. Wolfe*, Civ. No. 15920. Second Dist., Div. Three Jan. 16, 1948.[1531]

Pero la balanza entre el estatuto de fraudes y el *promissory estoppel* tiene como juez supremo el balance entre la prevención de una injusticia o un fraude y la operatividad de la norma legal. Este balance se ve claramente en el caso *CG Camptbell & Son, Inc.* V. *Comdeq*, Corp., 586 S.W. 2d 40 (1979),[1532] en el cual el subcontratista somete un estimado al contratista para proveer artículos de cocina (cuatro

1530 *Tanenbaum v. Biscayne Osteopathic Hospital, Inc.* 190 So. 2d 777 (1966).

1531 *Le Blond v. Wolfe, Civ. No.* 15920. Second Dist., Div. Three Jan. 16, 1948.

1532 *CG Camptbell & Son, Inc.* V. *Comdeq, Corp.*, 586 S.W. 2d 40 (1979).

unidades de refrigeración) para renovar la cocina de un colegio, y cuando el contratista gana el contrato el subcontratista se había dado cuenta que había cometido un error porque se trataba de cuatro unidades de refrigeración y no de una, por lo que el subcontratista se rehusó a vender al precio estimado. El contratista lo demandó, pero no ganó la demanda. La Corte de Apelaciones manifestó que en esta ocasión el interés de la justicia dictaba que el estatuto de fraudes obligaba a que los contratos de venta por más $500 tuvieran que ser por escrito, y el *promissory estoppel* no podía prevalecer.

En cambio, en otro caso (*Janke Construction Co., Inc. V. Vulcan Materials, Co.*, 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974),[1533] el subcontratista le dio por escrito un estimado al contratista que versaba sobre materiales de construcción que el contratista iba a usar para ganar un contrato, que en efecto ganó el contrato, pero el subcontratista entregó el material, pero no era de la calidad que los lineamientos del contrato exigían, de modo que el contratista tuvo que adquirir tal material de otras fuentes e incurrió en un sobrecosto de $39,942.40. La Corte opinó que el subcontratista no había informado al contratista en ningún momento que el material que estaba en el estimado no era de la calidad requerida bajo los lineamientos del contrato.

En muchos casos la Cortes aplican otras doctrinas con la finalidad de el *promissory estoppel* escape del corsé del estatuto de fraudes, por ejemplo, la doctrina del "principal propósito" o la regla de "la razón prevalente o principal", como en el caso *Texarkana Construction Co. V. Alpine Construction Specialities, Inc.* 489 S. W. 2d 941.[1534] Con esta doctrina, la Corte analizó cómo una de las partes iba a beneficiarse de una promesa oral de una de las partes. El caso es que un contratista general (Texarkana) contrata a un subcontratista (East Texas) para

1533 *Janke Constr. Co. v. Vulcan Maters. Co.*, 386 F.Supp. 687 (W.D.Wis.1974).

1534 *Texarkana Construction Co. V. Alpine Construction Specialities, Inc.* 489 S. W. 2d 941.

fabricar acero, y éste a su vez contrata con un segundo subcontratista (Alpine) para erigir el acero en el campo de trabajo. Cuando el primer subcontratista East Texas está retrasado en pagos, Texarkana (contratista principal) promete a Alpine (segundo subcontratista) pagar por los retrasos de East Texas (subcontratista) con el fin que la construcción se termine a tiempo. El beneficio que la Corte vio que Texarkana (principal contratista) fue que la construcción iba a terminar a tiempo. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia del juzgado de primera instancia en el sentido de declarar fundada la demanda de Alpine por cuanto la promesa de Texarkana se hizo para el beneficio propio ya que el principal objetivo al prometer que si East Texas no le pagaba a Alpine entonces Texarkana le iba a pagar, era asegurar que el trabajo se realizara a tiempo mientras que el acero se instalaba de acuerdo a la calidad esperada.[1535]

Se entiende claramente que el "*estoppel*" se usa como un escudo ("shield") cuando en realidad el "*promissory estoppel*" puede usarse como espada ("sword"), como en el caso de demandar daños basados en la teoría del PE ("*promissory estoppel*").

1535 Por su parte, nos preguntamos si el RINP pudiera operar en este caso particular. Se trata de tres actores, un contratista general y dos subcontratistas. De acuerdo a la doctrina del RINP el deber de actuar de buena fe en la negociación por parte de Texarkana se vislumbra en el tramado negocial entre Texarkana y East Texas, pero la pregunta es si ese deber de buena puede extenderse al segundo subcontratista Alpine que no fue parte de la negociación inicial. De acuerdo a los principios del RINP es probable que la ruptura injustificada de negociaciones preliminares cambie de fisonomía entre la relación entre el contratista (Texarkana) y el segundo subcontratista (Alpine) por cuanto entre ellos no existe una negociación preliminar, lo que existe es una promesa del contratista de pagar a East Texas lo que en principio el primer subcontratista East Texas estaba obligado contractualmente a pagar a Alpine. La teoría del RINP no podría aplicar a la relación entre Texarkana y East Texas por cuanto no tienen ninguna negociación preliminar que pueda romperse injustificadamente. Lo que existe es una ruptura contractual entre East Texas y Alpine.

Otro caso parecido al de *Jamestown Terminal Elevator*,[1536] lo encontramos en el caso *Klinke v. Famous Fried Chicken*, 94 Wn. 2d 255 (1980), 616 P. 2d 644,[1537] donde la Corte rehusó usar la teoría del Estatuto de fraudes en el caso en el que el demandante gane daños contra el demandado por "*detrimental reliance*" por dos razones: primero porque el estatuto de fraudes solamente aplica a contratos con consideración, y por lógica no se usaría el estatuto de fraudes en situaciones que no califican como contratos por carecer de consideración, y segundo porque el estatuto no puede usarse como una herramienta para amparar el propio fraude usada por una parte.

Específicamente el caso fue que el demandante Klinke demanda a la compañía Famous Fried Chicken, Inc, por daños en el monto de $200,000 por cuanto Famous incumplió con los términos de un acuerdo oral.

En 1974, Famous entregó una licencia para operar Famous en Yuba City, Carlifornia por 10 años. Klinke le dio $1,000 a Famous y Famous comprobó que el sitio escogido por Klinke cumpliera con las especificidades de Famous. Posteriormente, Klinke le comunicó a Robert Skinner, de la compañía Famous, su deseo de mudarse a Washington, y Skinner aceptó que, si Klinke dejaba su trabajo, iba a Washington y buscaba un sitio adecuado para la compañía, Famous conseguiría los permisos respectivos de la ciudad. Pero en este acuerdo no hubo intercambio de dinero por promesas.

En agosto de 1975, basado en los acuerdos con Famous, Klinke deja su trabajo en Alaska y se muda a Tacoma. En abril de 1976, Famous le notifica a Klinke su decisión de dejar el proyecto de Washington y que no iba a existir el "franchise".

1536 *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).

1537 *Klinke v. Famous Fried Chicken*, 94 Wn. 2d 255 (1980), 616 P. 2d 644.

Famous argumentó que el acuerdo con Klinke, el cual era de naturaleza oral, era inválido según lo dispuesto en el Estatuto de Fraudes. Sin embargo, la Corte explicó que el intento de Famous de utilizar el Estatuto de Fraudes equivaldría a respaldar el propio fraude cometido por Famous, ya que Klinke había actuado confiando en la promesa hecha por Famous. La Corte también señaló que el *promissory estoppel* puede ser una herramienta válida para buscar daños en acuerdos que carezcan de consideración, pero que estén respaldados por el principio del *promissory estoppel*.

Otro caso interesante sobre la interacción entre el PE con el SOF lo tenemos en el caso *Greiner v. Greiner*.[1538] El caso *Greiner v. Greiner* es ilustrativo de esa interacción. En este caso una madre promete a su hijo Frank Greiner una porción de tierra de 80 acres en una zona determinada de Mitchel County en Kansas, a consecuencia de que el padre de Frank había fallecido y no había dejado nada en el testamento para Frank (y tampoco para el otro hijo, Nicolás al que luego la madre le dio $2000; pero esa es otra historia porque a Nicolás, Henry, Frank y Kate, solamente el padre les dejó $5 por cabeza). El caso es que Frank, esperanzado en las promesas de su madre Maggie Greiner, decide abandonar su hogar en Logan County, y se muda a Mitchell County junto con su familia a la casa de los 80 acres que su madre le había prometido. Resulta que la madre cambia de opinión y decide no entregar el título de propiedad a Frank. La madre Maggie Greiner demanda a su hijo Frank Greiner pero Frank contrademanda para que se le entregue el título de propiedad de los 80 acres junto con la casa. La Corte dio la razón a Frank y la madre apeló, pero la Corte Suprema de Kansas convalida la decisión de la Corte a quo (de primera instancia).

1538 *Greiner v. Greiner*, 58 Cal. 115 (Cal. 1881).

La Corte revisó este caso en extenso, especialmente la tesis de la parte demandada (la madre Maggie Greiner) que sostenía que Frank no había prometido nada a cambio de la tierra que se le iba a entregar (los 80 acres). La Corte no utilizó la teoría de la consideración para resolver el caso, puesto que a todas luces no existía un intercambio de promesas, o sea no había en *strictu sensu* un contrato clásico de intercambio de prestaciones o contraprestaciones o contrato sinalagmático. La Corte usó la teoría del *promissory estoppel* del Primer Restatement (sección 90 del Primer Restatement) que explica que la promesa que es "definida y sustancial" induce a un cambio de posiciones en el aceptante es vinculante. Esta teoría es la misma que la del Segundo Restatement de los Contratos, la única diferencia es que en el Segundo Restatement de los Contratos ya no se usa el término "definido y sustancial" para calificar a la promesa. Sin embargo, el común denominador de ambas secciones es la promesa que induce al aceptante a actuar, y como consecuencia de dicha actuación le genera daños que deben ser indemnizados a partir del dictado de la justicia.

Asimismo, es importante destacar que la Corte escuchó el testimonio de los otros herederos que fueron testigos de la promesa de Maggie Greiner. El único problema es que al momento de realizar la promesa (darle los 80 acres a Frank) no estaba bien definida la posición o ubicación de dicho terreno, pero después Maggie Greiner se encargó de hacerlo definitivo cuando le puso a disposición el terreno donde Frank construyo su casa, se mudó con toda su familia al Condado Mitchel, hizo reparaciones de la propiedad y luego solicitó que el título de propiedad le sea entregado. La Corte falló a favor de Frank, disponiendo que Maggie Greiner tenga que otorgarle el título.

El caso de *Greiner v Greiner* es interesante porque da paso a que un contrato oral que verse sobre un terreno pueda ser vinculante. Esto es interesante porque el Estatuto de fraudes es tajante en

impedir dar efectividad o vinculatoriedad a cualquier contrato oral que verse sobre propiedad real por reputarlo de inseguro y falto de un contrato por escrito que logre superar la sospecha de fraude que ronda a los tratos orales, especialmente referente a las transacciones de transferencias de inmuebles.

Ahora bien, otro caso que intenta dar respuesta a este posible debate entre el Estatuto de fraudes y el *promissory estoppel* lo trae un caso reciente de la Corte de Kansas, es el caso *Bouton v. Byers*,[1539] en la Corte argumentó que es posible que un contrato oral sobre propiedad pueda ser vinculante si el objeto estaba bien definido:

> En Greiner, por ejemplo, una serie de representaciones orales entre un padre y un hijo adulto con respecto a la transferencia de tierra llegó a ser vinculante a través del *promissory estoppel* para efecto de transferir una propiedad particular específica, haciendo la promesa perfectamente definida. (*Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014).

Y a propósito de *Bouton v. Byers*, este caso versa sobre una promesa que un padre hace a su hija para que su hija le ayude al padre en las tareas de su rancho. El caso trata que la hija era una profesora de Derecho de la Universidad de Bashburn Law School, donde ganaba $100,000 al año. El padre Bouton promete a su hija que le dejaría el rancho en calidad de herencia si la hija abandonara la posición de profesora y se mudaba al rancho a ayudarle y que dicha herencia iba a ser no menos de un millón de dólares. La hija Bouton, confiada en la relación familiar, omite poner esta promesa por escrito y por el contrario confía en su padre y se muda al rancho con su esposo y su familia. Incluso vende su casa en Orange County, renuncia a su

1539 *Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014).

trabajo de profesora en la Universidad en la primavera del 2005, ya que tenía para trasladarse al rancho y vivir en la casa de Hill House. Una vez en el rancho, el padre dispone un salario para ella de $32,000 al año, y participación en las utilidades de la compañía.

El contrato de trabajo con su padre se firmó en el año 2006. En diciembre 2008, el padre la despidió y comenzó a cobrarle renta por vivir en la casa de Hill House, entonces la hija se mudó a su condado original a la mitad del 2009. En el año 2009, el rancho se vendió y la corporación solamente le dio a la hija $32,000 por su participación en las acciones. La hija regresó a su trabajo en calidad de tiempo parcial, no a tiempo completo. La hija demanda al padre por los beneficios laborales y por las acciones de la compañía. Después de esta acción judicial, la hija emprende otra acción judicial basada en *promissory estoppel* en la cual demanda al padre a que se le compense por los daños sufridos al haber abandonado su trabajo a tiempo completo y luego recuperarlo a tiempo parcial.

Al final la Corte de apelaciones revierte la sentencia a favor del padre y devuelve el caso a la Corte inferior a fin de realizar el juicio sobre los hechos del *promissory estoppel*.

Este caso de *Bouton v. Byers* no solamente es interesante porque se basa en cierta manera en el caso *Greiner v. Greiner*, sino porque fundamentalmente, el Juez delinea dos cosas:

Primero, la doctrina de *promissory estoppel*, se basa en tres fundamentos importantes: a) Un ofertante razonablemente espera que el aceptante actúa en confianza y creencia en la promesa, b) el aceptante, en retorno, razonablemente actúa en concordancia, c) si la corte rehúsa dar efectividad a tal promesa entonces una injusticia sustancial se generaría.

Segundo, la doctrina del *promissory estoppel* se basa en una promesa, en una representación, lo que es diferente a la doctrina del *equity estoppel* (basado en la justicia o equidad) donde es necesario que exista una falsedad (*misrepresentation*). (*Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014).

Es necesario aclarar que la Corte también observa la potencial colisión entre el Estatuto de Fraudes (que tiende a prevenir la vinculatoriedad de cualquier contrato sobre transferencias de propiedad inmueble que no estén plasmadas en un contrato escrito) con la teoría del *Promissory estoppel* en el caso de promesas sustanciales y definidas pese a que sean orales. El Juez lo expresó de la siguiente forma:

> "El estatuto de defraudaciones tiene por objeto prevenir el fraude o la injusticia, por lo que no podrá ser invocado como escudo de conductas que producirían injusticia. El estatuto de fraudes cede ante circunstancias equitativas apremiantes. Bajo los hechos de este caso desarrollados en el expediente del juicio sumario, el estatuto de fraudes no prevalecería sobre un reclamo promisorio de impedimento para la restitución."[1540] (*Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014).

1540 Por su parte, la teoría del RINP no podría prestarnos su asistencia por cuanto en este caso estamos frente a promesas entre miembros de una familia hechas para facilitar el trabajo de la hija por parte del padre. No hay conato ni intento de negociar ningún trato y por lo tanto no hay posibilidad de un rompimiento de una negociación preliminar. Es decir, el RINP podría llegar al mismo resultado, pero realizando un viaje un poco más largo. Primero, en una legislación del *civil law* que acepte la presencia de un Estatuto de Fraudes, como el caso de Francia, por ejemplo, habría que determinar si existe una excepción a ese estatuto de fraudes motivado por la equidad, tal cual se hizo con el caso Famous. De ser así, el otro obstáculo es el de demostrar que, siguiendo al caso en cuestión, Klinke actuó en función a las promesas de Famous quien no actuó de buena fe al quebrar sus promesas. Sin embargo, el problema que vemos es que Famous argumentaría que no existe mala

La conclusión de estos extensos análisis de casos y teorías legales es que el concepto de *Promissory estoppel* ha evolucionado para desempeñar un papel crucial en el derecho contractual, especialmente en situaciones donde los acuerdos verbales entran en conflicto con el Estatuto de Fraudes. Casos como *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Archie Hieb* y *Greiner v. Greiner* ilustran cómo el *Promissory estoppel* puede prevalecer sobre el Estatuto de Fraudes, evitando que este último se use injustamente para cometer fraudes. A través de estos casos, se demuestra que la equidad y la justicia pueden y deben superar a las formalidades contractuales, especialmente cuando la confianza justificada y la fiabilidad en una promesa oral resultan en un detrimento sustancial.

Además, estos casos resaltan que, aunque el Estatuto de Fraudes pretende prevenir el fraude y la injusticia, su aplicación rígida puede, en realidad, facilitar el fraude. La jurisprudencia ha mostrado que, en ciertas circunstancias, como en *Bouton v. Byers*, la equidad puede y debe intervenir. El *Promissory estoppel* actúa como un balance entre prevenir el fraude y asegurar la justicia contractual, demostrando que los principios legales deben aplicarse de manera que prevengan la injusticia y promuevan la equidad, incluso en situaciones donde no existe un contrato formal por escrito.

5.4. Circunstancias imprevistas subsecuentes

Los redactores del Segundo Código de los Contratos (de 1979[1541]) reconocieron otra excepción a la regla de la obligación preexistente en la Sección 89(a) para casos sobre circunstancias imprevistas. En

fe y que su buena fe radica en que su actuar se basó en contemplación del estatuto de fraudes, de modo que su argumento de que actuó de buena fe tendría que ser rebatido por Klinke, con lo cual se añade un obstáculo innecesario que el PE no lo tiene.

1541 Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.)

el primer código no existió una sección equivalente a la del 89(a). Además, en el Segundo Código la regla de la obligación preexistente está dividida en dos secciones (sección 73 y 89) toma en cuenta muchos aspectos en sus subsecciones que resultó en una aplicación desigual.

Sección 89 (a) establece:

> Una promesa modificando una obligación en un contrato no completo totalmente para cualquier parte es ejecutable (a) si la modificación es justa y equitativa en vista de circunstancias imprevistas por las partes al momento en que el contrato fue celebrado."[1542]

Los casos típicos que el Código mismo plantea son:

- Si A acuerda por contrato escrito excavar un sótano por un precio específico, y después encuentra roca sólida de forma imprevista, de modo que A notifica a B. Ambas partes oralmente acuerdan que A removerá la roca a un precio razonable pero nueve veces más que el usado en computar el precio original. Cuando A complete el trabajo, B está obligado a pagar el precio incrementado.
- Si A contrata con B para proveer un carrito para la ropa sucia para un edificio por $300.00 que B ha contratado construir con el gobierno por $150,000.00. Luego A descubre que cometió un error en el tipo de material a ser usado y debería haber ofrecido solamente $1,200.00. Luego A ofrece proveer el carrito por $1,000.00, eliminando la ganancia. Después de asegurar que otros proveedores

1542 Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.)

proveerían el carrito por más dinero, B acuerda. El nuevo acuerdo es ejecutable.

- Juan es empleado por Pedro como diseñador de abrigos a $90.00 por semana por un año empezando en noviembre 1ro bajo un contrato escrito ejecutado en Setiembre 1. Luego otra compañía le ofrece a Juan $115.00 y Juan informa de este hecho a Pedro. Juan y Pedro acuerdan que Pedro le pagará $100.00 por semana empezando en octubre ejecutando un nuevo contrato para tal efecto, y simultáneamente rompiendo el antiguo contrato. El nuevo contrato es válido.
- Juan es contratado para manufacturar y vender a Pedro 2,000 techos de acero para jaulas de maíz a $60.00. Antes que Juan empiece a manufacturarlos, el riesgo de una huelga nacional del acero hace que el costo del acero se incremente en $10.00. Luego Juan y Pedro acuerdan oralmente incrementar el precio a $70.00 por techo. Juan manufacturar y entrega 1,700 techos y Pedro paga $1,500 al precio incrementado sin protesta. El nuevo acuerdo es válido.

La injusticia, ineficiencia y potencial pérdida generada por situaciones inesperadas constituyen una justificación suficiente para buscar la modificación del contrato, y superar así la sospecha de coerción que tal modificación podría conllevar.

Hay un par de casos del siglo diecinueve que conviene estudiar. El primero es un caso de Nueva York (*Meech v. City of Buffalo*, 29 N.Y. 198, 210, N.Y. 1864), cuya decisión se basa en una mezcla de las teorías del riesgo imprevisto y la "dependencia" o "confianza" (*reliance*), en el que un Municipio acordó pagar más a un contratista de limpieza de

desagües que encontró de improviso unos sacos de arena, tornando el trabajo dos veces más caro.

Otros casos similares que sigan la línea de *Meech v. City of Buffalo* los podemos encontrar en *Blakeslee v. Bd. of Water Com'rs of City of Hartford*, 139 A. 106, 112 (Conn. 1927, envolviendo circunstancias no contempladas por las partes; *Curry v. Boeckeler*, 27 S.W.2d, 473, 475 (Mo. 1930), lidiando con dificultados desconocidas o no anticipadas por las partes cuando el contrato fue ejecutado; *Goebel v. Linn*, 11 N.W. 284, 286, 47 Mich. 489 (Mich. 1882), estableciendo que una modificación era válida porque el comprador libre e independientemente acordó a un precio mayor debido a una circunstancia imprevista, donde la regla de la obligación preexistente no fue mencionada.

En *King v. Duluth Ry. Co.*, 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895), la Corte citó a *Meech v. City of Buffalo* declarando que la circunstancia imprevista constituía consideración suficiente para validar la modificación.

Sin embargo, un caso anterior en Minnesota había declarado que una modificación concerniente a un contrato de excavación debido a rocas encontradas de improviso era inválida e inejecutable bajo la postura de la responsabilidad objetiva contractual donde el precio original era conservado independientemente del grado de dificultades. *King v. Duluth Ry. Co.*, 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895); *Nash v. St. Paul*, 23 Minn. 132 (1876); see also *Paradine v. Jane*, *Aleyn* 26, 82 Eng. Rep. 897 (1647).

El grado de imprevisibilidad no requiere ser inmenso dada la relación de continuidad de las partes y, como lo estableció la Corte en el caso *King v. Duluth Railway*, los hechos "son suficientes si son de tal carácter que la demanda por un pago extra es justo" y suprime además las sospechas de coerción.

De acuerdo a la sección 89(a) del Segundo Sumario de Contratos, la modificación no requiere nueva consideración cuando existen circunstancias imprevistas cuando el contrato original fue ejecutado. Pero la mayoría de los casos citados por la sección 89(a), solamente dos decisiones se ejecutaron sin requerir consideración, pero el resto de decisiones fue racionalizado bajo la lógica de la consideración. Hay un caso que no requirió el análisis de la consideración *Watkins v. Carrig*, 91 N.H. 459, 21 A.2d 591, 593 (1941), porque se basó en la lógica de la donación y la ficción de la recisión.

La modificación en *Watkins v. Carrig* fue hecha basada en la lógica de la "intención de las partes" y su "mutuo entendimiento que el precio contractual no iba a controlar". La Corte de New Hampshire avaló la modificación del contrato basado en un hecho imprevisto cual fue el de encontrar roca sólida al momento de excavar un sótano, considerando las necesidades razonables de prácticas regulares y éticas de los hombres en los negocios.

6. DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES CON RESPECTO AL *PROMISSORY ESTOPPEL* Y SU EFICACIA

6.1. El *Promissory estoppel* y la teoría de Cardozo

En la decisión de Cardozo en el caso *De Cicco v. Schweizer*,[1543] podemos concluir que su enfoque no estaba en promover directamente la teoría del "*Promissory estoppel*" como tal, sino en buscar la justicia en un acuerdo que carecía de la "consideración" clásica en el derecho contractual. Cardozo buscaba validar el acuerdo sobre la base de la confianza y el detrimento ("*detrimental reliance*") que sufrió una de las partes al actuar basándose en la promesa de la otra. Su

1543 *Attilio De Cicco, respondent v. Joseph Schweizer*, Appellant, impleaded with another. Court of Appeals of New York, argued October 15, 1917, decided November 13, 1917. 22 NY 431. (1917).

decisión refleja un esfuerzo por adaptar los principios legales a la realidad y la equidad de las situaciones particulares, más allá de las formalidades contractuales rígidas. Esta decisión se ha convertido en un precedente significativo en la evolución del derecho contractual, demostrando una transición hacia una mayor consideración de la justicia y la equidad en la interpretación de los acuerdos.

El caso de De Cicco se gesta de la siguiente manera. El 16 de enero de 1902, el Señor Joseph Schweizer y su esposa Ernestina entran en un acuerdo con el Conde Oberto Gulineli. El acuerdo estuvo en italiano, y la parte pertinente reza así:

> Considerando que la Señorita Blanche Josephine Schweizer, hija del Señor Joseph Schweizer y de la Señora Ernestina Teresa Schweizer, que está comprometida para casarse con el Conde Oberto Giacomo Giovanni Francesco Maria Gulinelli, ahora, en consideración de todo lo antedicho, el Sr. Joseph Schweizer promete y expresamente promete por el presente contrato a pagar anualmente a su hija Blanche, durante su propia vida y a mandarle a ella, durante la vida de ella, la suma de dos mil quinientos dólares, o el equivalente en francos, el primer pago de dicha cantidad a ser hecha el 20 de Enero de 1902. (*De Cicco v. Schweizer*. Court of Appeals of New York, argued October 15, 1917, decided November 13, 1917. 22 NY 431. (1917)).

El matrimonio ocurrió el 20 de enero de 1902. El mismo día se produjo el primer pago a su hija, y continuó haciendo pagos hasta 1912, fecha en la que se paralizaron dichos pagos y se inició esta acción para recobrar los pagos de dicho año. La pregunta fue si había "consideración" por la promesa de los pagos de la anualidad.

Cardozo razona que el matrimonio no podría ser consideración de la promesa de pagar la anualidad porque el Conde ya estaba comprometido a casarse con su novia y lo hubiera hecho aún sin existir la promesa del demandante de por medio. Cardozo cita los casos que dan soporte a la regla que dicta que la promesa de "A" hacia "B" para inducirle a que no rompa el contrato con "C" es nula. Sin embargo, Cardozo piensa, el escenario es distinto cuando la promesa es de "A" hacia "B" y "C" juntos, para inducirles a que "B" y "C" no rescindan su contrato o no lo modifiquen o no lo abandonen.

Es decir, el punto novedoso que Cardozo propone es que si la promesa del futuro suegro al Conde y a la novia, es hecha a ambos y no solamente a uno solo, entonces la historia sería diferente porque ya no estaríamos en los trebejos de la antigua norma que dice que es nula la promesa hecha a una sola parte. Para cumplir con su cometido, Cardozo recurre a "inferencias" para lograr probar que ambos conocían de la promesa del suegro:

> El hecho que ella se enterase de la promesa antes del matrimonio es una legítima inferencia de la relación de las partes y de otras circunstancias. El contrato fue firmado por los padres de ella; fue entregado a su futuro marido; fue hecho cuatro días antes del matrimonio; versaba sobre un pago a ser hecho el día del matrimonio; y en el día del matrimonio, el pago fue hecho a ella. De todas estas circunstancias, debemos inferir que al tiempo del matrimonio la promesa fue conocida por la novia y por el marido, y que ambos actuaron confiados en ella. *De Cicco v. Schweizer*. Court of Appeals of New York, argued October 15, 1917, decided November 13, 1917. 22 NY 431 (1917).

Además, no existe ninguna prueba que diga si efectivamente la novia sabía de la existencia de la promesa de su padre hecha al novio

(el Conde). Está claro que los padres de la novia hicieron la promesa al Conde, pero no está claro si los padres quisieron que la novia se enterase de dicha promesa. Simplemente Cardozo "infiere" o trata de leer entre líneas -o "más allá de las líneas"- cuando piensa que por el hecho de que la novia recibió $2,500 el día de su boda ella tendría que saber que sus padres hicieron una promesa al Conde.

Esa inferencia es un exceso de imaginación. En el día de las bodas las novias reciben muchos regalos de invitados, y no es de extrañar que la novia reciba un regalo de $2500 de sus propios padres. Es una inferencia irreal la que hace Cardozo. Pero para seguir con el hilo del razonamiento, pretendamos que dicha inferencia no es irreal, y que efectivamente la promesa se hubiese hecho a ambas partes.

Si fuese así, Cardozo cree encontrar una nueva consideración en el actuar de ambas partes (el Conde y la novia), pero el actuar de ambas partes es simplemente el contraer matrimonio, lo que es un hecho ya previsto por el compromiso antecedente del noviazgo. Si estamos ante un contrato unilateral donde la aceptación de la oferta se concreta por medio de una acción, en este caso es el matrimonio, y si fuera así ¿qué diferencia hace que el matrimonio sea ejecutado solamente por el Conde –sin conocimiento de la novia- que el matrimonio sea ejecutado por el Conde con conocimiento de la novia? ¿qué diferencia hace si al final ambos se casan?

Cardozo pretende encontrar la respuesta en el sentido de que, si la promesa es dirigida hacia ambo novios, entonces la promesa estaría disuadiendo a ambos a no echarse para atrás a último minuto, a no desistir de su pretensión final de contraer matrimonio. Cardozo piensa que ambos novios siempre tienen la libertad de no contraer matrimonio, de quebrar el compromiso y no casarse. ¿Pero la pregunta que surge es si realmente la promesa de dar una anualidad de $2,500 a la pareja conminaría a que la pareja se case porque existe

el incentivo del dinero? Es decir, ¿podrían los padres de la novia demandar a ambos novios y obligarles a contraer matrimonio si alguno de ellos decide no casarse? La respuesta es no. Los padres de la novia no podrían obligar a que los novios contraigan matrimonio solamente porque existió de por medio la promesa de donar $2,500 a la pareja. Y si los padres no podrían demandar y obligar a la pareja, entonces ¿dónde está el beneficio para el padre? La respuesta es que no existe ningún beneficio para el padre o para los padres (ya que ambos padres son los que prometen donar la anualidad). ¿Y podría encontrarse algún detrimento en el actuar del Conde o de la pareja?

Para Cardozo el detrimento estaría no solamente en el acto de contraer matrimonio, sino en el hecho de que el Conde o ambas partes desisten de ejercitar su derecho a renunciar a casarse. Y si éste fuese tal vez el detrimento que pretende encontrar Cardozo, la pregunta es ¿de dónde infiere Cardozo de que la pareja podría desistir al matrimonio? ¿Existe alguna inferencia –para usar las palabras de Cardozo- de que la novia tiene la inclinación de quebrar compromisos? ¿Existe alguna inferencia de que el Conde podría rehusar contraer nupcias a último minuto? No existe tal inferencia, y como no existe tal inferencia, el supuesto detrimento es una mera conjetura, una especulación.

Lo cierto es que este acuerdo no es más que una donación, un regalo sin ninguna "consideración". Y es el mismo Cardozo quien expresa en su decisión que su decisión está basada en el "orden público" que impulsa las promesas referentes al matrimonio. ¿Y quién determina la conducción, la dirección y el contenido del orden público imperante si no es la Constitución, las leyes gobernantes, y la sociedad en un determinado momento histórico? Y si es el orden público el que al final dictamina la vinculatoriedad de los acuerdos referentes al

matrimonio, ¿qué papel tendría el detrimento (*detrimental reliance*) o el "*promissory estoppel*? Ciertamente ninguno.

Sin embargo, como veremos a continuación, alguna sección de la doctrina ve en este caso la piedra angular del futuro desenvolvimiento del *promissory estoppel*.

De otra parte, la opinión concurrente del Juez Crane es importante de estudiar. Crane piensa que estos acuerdos de matrimonio son vinculantes porque la consideración es el matrimonio. Y Crane llega a esta conclusión a partir de sus propias inferencias.

¿Y a partir de dónde saca estas inferencias? Las extrae de su propio análisis de los hechos: el abogado de los padres de la novia preparó el acuerdo que fue firmado por el Conde el día 18 de enero, y después de dos días, el Conde se casa. Esta inferencia es en realidad más irreal que la de Cardozo al sostener que la novia tenía conocimiento de la promesa de los padres al Conde solamente porque recibió la anualidad el día de su boda.

Sin embargo, el análisis de Corbin (1918) es un poco diferente, aunque llega el mismo resultado (p. 364). Piensa que la promesa que hace el padre de la novia a ambos, tanto a su hija como al Conde, no es en realidad a ambos, y tal línea de razonamiento es imprecisa. Y Corbin (1918) lo expresa así:

> Parece ser muy probable que la promesa del demandado en este caso fuera hecha al Conde solamente, y que la hija fuera meramente una beneficiaria. La Corte dice: 'aunque la promesa pasa por el Conde, fue pensada para el beneficio de la hija'... pero esto no hace que la hija sea la aceptante y no hace que su acto sea una consideración por la promesa del demandado (pp. 364-365).

Asimismo, Corbin (1918) piensa un poco diferente a la línea de pensamiento de Cardozo en su decisión. Corbin no piensa que la novia y el Conde estaban en disposición de romper su compromiso. "No sirve ningún propósito decir que eran 'libres de abandonar' su compromiso, si al mismo tiempo admitimos que ninguno de ellos era libre de abandonarlo" (p. 365).

Y sigue Corbin (1918) apartándose del razonamiento de Cardozo cuando opina que la obligación preexistente del Conde hacia la novia, podría servir también como consideración a la promesa del padre de la novia.

Parece, por lo tanto, que la realización de una obligación contractual debida a una tercera parte satisface los usuales requerimientos de la ley con respecto a la consideración. Es un beneficio al promitente, C; es un detrimento al que cumple con la obligación, A; es la inducción convencional y equivalente del acto de C. ¿Hay algún principio imperioso de orden público que impida a que las cortes lo reconozcan como suficiente para vincular la promesa de C"? (Corbin, 1918, p. 365).

Entonces Corbin (1918) se aparta de Cardozo en tres aspectos: 1) Corbin piensa que la promesa del Conde a la novia puede muy bien ser la consideración de la promesa del padre de la novia. 2) Si hay mutualidad de obligaciones, entonces estamos frente a un contrato bilateral, y no frente a uno unilateral. 3) La promesa del padre de la novia fue dirigido solamente al Conde y no a la novia, a diferencia de lo que piensa Cardozo de que la promesa fue dirigida al Conde y a la novia (p. 372).

Luego Corbin (1918) sospecha que el concepto de consideración pueda ser que sea errado: "El hecho es que 'consideración' es un concepto indefinido y nebuloso. Nuestros esfuerzos en definirlo han

sido armoniosos y sin éxito por la razón que una gran variedad de hechos debe ser incluidos" (p. 376).[1544] Y los esfuerzos de Corbin (1918) por hacer funcionar esta "consideración" van más allá. Corbin (1918), piensa que no hay nada imposible en hacer derivar dos obligaciones independientes del solo acto de A. "El hecho que A podría haber satisfecho su obligación a B y su obligación separada a C a través de la realización del mismo hecho es inmaterial y muestra ninguna identidad en las relaciones legales" (pp. 377-378). Y como prueba de ello, Corbin (1918) piensa que si el Conde –que está obligado por partida doble frente a la novia y al padre de la novia- rompe el compromiso de casarse con la novia, el Conde seguiría –en el pensamiento de Corbin- siendo responsable de cualquier daño producido al padre de la novia porque la promesa con el padre de la novia es un contrato independiente del acuerdo de la novia con el Conde.

Y con todas estas lucubraciones, Corbin (1918) llega al mismo punto de Cardozo, en el sentido de que el acuerdo entre el Conde y el padre de la novia es un contrato vinculante e independiente. Tal vez ambos lleguen al mismo resultado por caminos diferentes. El tema es que la consideración planteada como beneficio para el promitente o detrimento para el aceptante, es flexibilizada y ampliada para dar cabida en su noción a figuras como la confianza detrimental (*detrimental reliance*).

Volviendo al tema de Cardozo, estas inferencias parecen apuntar su razonamiento en la misma o casi en la misma dirección de Crane. Para Davis (1993), pese a que Cardozo hizo esfuerzos para que este caso encajara dentro de los trebejos de las consideraciones,

1544 En el mismo sentido Gordley (1995) también hace hincapié en el footnote 107 de su obra al referirse a Corbin y manifestar que la teoría de la consideración es "un concepto indefinido y nebuloso" y que los esfuerzos por definirlo han sido "discordantes y poco exitosos" (p. 564, fn. 107).

en realidad lo que estaba postulando era los inicios de la doctrina del "*promissory estoppel*" (promesa vinculante), en el que el "reliance" (confianza) del aceptante juega un papel preponderante. El tema de la promesa vinculante ("*promissory estoppel*") está fuertemente imbuido del "reliance" (confianza), puesto que es una promesa gratuita la que genera que la otra parte confíe en tal promesa, y esa confianza es la que hace vinculante a la promesa, pese a no existir consideración. (p. 791).

Pero es preciso recordar que la etiqueta de "*promissory estoppel*" es acuñada por Samuel Williston a principios de 1920,[1545] y la opinión de Cardozo en De Cicco se da en el año 1917. Asimismo, Winthrop Ballantine cuestionó la rígida teoría de la consideración, proponiendo justamente que una promesa puede ser vinculante cuando una de las partes haya confiado (reliance) en dicha promesa. Sin embargo, como el mismo Cardozo opina en *De Cicco*, el orden público es el que dio el carácter vinculante a las promesas relacionadas con el matrimonio. Entonces, si el orden público tiene tanta enjundia para dar vinculatoriedad a promesas desnudas de consideración, la pregunta recurrente es por qué echar mano de una doctrina como el "*promissory estoppel*" con el fin de "evitar injusticias" cuando en sí el orden público es el que da contenido a dicha "justicia".

El *promissory estoppel* viene a ser una respuesta a las falencias de la teoría de la consideración, pero para que valga esta promesa vinculante es necesario que la parte demandante experimente un daño a partir de un cambio de posiciones generado por la promesa hecha, de lo contrario la promesa no será vinculante.[1546]

1545 Williston (1938, p. 199). Tambien Perillo (2003, p. 253).

1546 De otra parte, conviene precisar si la teoría de la RINP (ruptura injustificada de negociaciones preliminares) podría en este caso De Cicco, brindar algunas luces para dilucidar si la CIC (*culpa in contrahendo*) en la figura de la RINP, pueden dar respuesta a este tema. Si la parte que brinda una promesa indemnizatoria es el

La conclusión que se extrae de la decisión de Cardozo en el caso *De Cicco v. Schweizer* es que, aunque no fue su intención directa promover la doctrina del "*Promissory estoppel*", su fallo contribuyó significativamente a su desarrollo. Cardozo buscaba hacer justicia en un acuerdo que carecía de la "consideración" tradicional, centrándose en la confianza y el detrimento ("*detrimental reliance*") sufrido por una de las partes. Su decisión destacó la importancia de considerar la equidad y la justicia en los contratos, más allá de las formalidades legales y técnicas de la consideración. Así, aunque no tenía como objetivo inicial formular o promover el concepto de "*Promissory estoppel*", su enfoque en la confianza y el detrimento influyó en el reconocimiento y la evolución de esta teoría.

El caso *De Cicco v. Schweizer* se centra en un acuerdo relacionado con un matrimonio y una promesa de pago hecha por los padres de la novia al novio. Cardozo argumentó que, aunque el matrimonio en sí mismo no podría ser consideración para la promesa de pagar una anualidad, la situación era diferente cuando la promesa se hacía a ambos, el novio y la novia. Aquí, Cardozo utilizó inferencias para concluir que ambos estaban al tanto de la promesa

---

padre de la novia hecha al Conde (y presumiblemente a la novia también) para que se desistan de no interrumpir las nupcias venideras, y si los novios confían en esta promesa realizando pagos de la celebración de la boda (más invitados, más comida, mejor preparación para la recepción, etc), estos novios se verían afectados si el padre de la novia no cumple con su promesa justo después que los novios contraen matrimonio y el padre se niega a pagar lo prometido. En realidad, no existe consideración por cuanto el rehusar desistirse de no echarse para atrás antes de casarse no es un detrimento que sea la respuesta a la promesa del padre de la novia. No se trata de una negociación preliminar donde el padre la novia tenga la obligación de actuar de buena fe y sufre la posibilidad de recibir una penalidad o soportar la carga de indemnizar a los novios si el padre de la novia se niega a cumplir con su promesa (que es la de pagar $2,500 a los novios.) No podríamos estar hablando de una negociación preliminar por cuanto no hay un intercambio de patrimonios o promesas, ya que los novios se iban a casar independientemente de la promesa del padre de la novia; de modo que la figura del RINP no es muy efectiva en este escenario.

y actuaron basándose en ella. Su razonamiento sugiere que, si la promesa está dirigida a ambas partes y disuade a ambas de rescindir su compromiso, entonces podría haber una base para considerar la promesa vinculante. Esta interpretación de Cardozo, aunque no fue explícitamente un argumento del "*Promissory estoppel*", ciertamente pavimentó el camino para su desarrollo y aplicación futura en situaciones donde la justicia y la equidad son fundamentales.

6.2. El caso del "parol evidence rule" v. *promissory estoppel*

El *Parol Evidence Rule*,[1547] es la regla que explica que ninguna promesa oral que se realice contemporáneamente a la ejecución de un contrato escrito es válida para contradecir[1548] lo pactado por escrito.[1549] Ello conlleva a proporcionar de garantía y dar seguridad al sistema contractual, de modo que previene que una parte argumente con posterioridad a la celebración de un contrato escrito que dicha

1547 Bridgeman (2008) explica que la Regla de la Evidencia Parol, en su forma clásica, impide la introducción de pruebas sobre el contenido de un acuerdo más allá del propio contrato escrito. Esto significa que, incluso si hay pruebas convincentes de que una promesa incluyó un acto no expresado en el escrito, el tribunal no lo permitirá (pp. 1443 y ss.).

1548 Bowers (2005) describe la Regla de la Evidencia Parol como una norma del derecho contractual que impide la introducción de pruebas extrínsecas para alterar o contradecir los términos de un contrato escrito (pp. 115 y ss.). En el mismo sentido, Goetz (1980) describe que la Regla de Evidencia Parol es un principio legal que impide que la evidencia extrínseca (como declaraciones orales) se use para contradecir o añadir a los términos de un contrato escrito (pp. 1259 y ss.).

1549 Mc Kendrick (2017) aborda la Regla de la Evidencia Parol, destacando que generalmente no se permite la evidencia oral para contradecir los términos de un contrato escrito. Esta regla establece que una vez que un contrato se pone por escrito, las partes no pueden presentar pruebas extrínsecas para añadir, variar o contradecir el documento escrito. En el derecho inglés, la regla establece que las pruebas extrínsecas no son admisibles para añadir, variar o contradecir un documento escrito. Sin embargo, existen numerosas excepciones a esta regla que en gran medida socavan su propósito. En resumen, la Regla de la Evidencia Parol es el principio que, en general, impide a las partes de un contrato presentar pruebas extrínsecas para añadir, variar o contradecir el documento escrito (pp. 104-243).

parte prometió o le prometieron algo que no estaba explicado en el contrato escrito.

A propósito de este tema tenemos el caso *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark*,[1550] donde Steve (una persona en busca de un seguro de vida) entra en tratativas con Brumell (representante de la compañía aseguradora Prudential Insurance Comany of America) para comprar un seguro de vida que no tenga exclusiones de cobertura en caso de muerte en campo de batalla. El premio de la póliza era $10,000.00. Posteriormente, Prudential le envió la solicitud a Steve para llenar cierta información. La póliza, sin embargo, nunca fue entregada a Steve porque cuando Brumell recibió la póliza y el requerimiento de información adicional Steve se fue a entrenar a la Marina de California. Es necesario aclarar que Steve dejó su antigua póliza con otro seguro World Life.

Al próximo año, Steve retorna de Viet Nam en mayo de 1968, y se pone en contacto con Brunell, esta vez tenían que llenar una nueva solicitud, asegurándose de no contener en la póliza la exclusión de riesgo de guerra. Brumel recibe la solicitud y el dinero de Steve y lo manda a la compañía Prudential, junto a una letra de Brumel pidiendo que se excluyera los riesgos de guerra.

El 20 de mayo de 1968, Steve regresa a Viet Nam. La póliza entra en vigencia el 1ro de junio, pero Prudential no hizo honor a la promesa de Brumel en su carta. El 28 de Julio, Steve muere en Viet Nam cuando su helicóptero se choca y se quema. Brumel asistió a los familiares a llenar una solicitud para que Prudential pagara la póliza de los $10,000. Brumel también escribió una carta a Prudential pidiéndoles que pagaran la póliza pese a que el contrato no especificaba que se haya excluido el riesgo de guerra.

1550 *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark*, 456 F.2d 932 (1972).

Thomas, el Consultor General de estas solicitudes, paga la póliza de los $10,000 a la familia de Steve, y luego declara que realizó este pago debido a un error.

El jurado encontró que Prudencial había intencionalmente perdonado esta cláusula de exclusión al pagar dicha póliza a los deudos.

El Juez Distrital rehusó dar crédito al jurado encontrando un intencional perdón de tal exclusión puesto que esa defensa estaba prohibida de acuerdo con un estatuto de Florida.

La Corte de Apelaciones analizó la totalidad de circunstancias y estimó que la regla de Florida no aplicaba para estos asuntos puesto que no había habido una fusión de pólizas, pero sí una aplicación del principio del *Promissory estoppel* a través del cual Steve experimentó un detrimento confiando en las promesas de Brumell. Si bien es cierto Prudential intentó aplicar la teoría del *Parol Evidence Rule*, la Corte desestimó tal teoría en tanto que la teoría del *Promissory estoppel* es la que prevaleció, toda vez que Steve cambió de posición al dejar su antigua póliza en detrimento propio basado en las promesas proporcionadas por Brumel de Prudential.[1551]

La Corte declaró que la doctrina del Parol Evidence Rule no se abrogaba con esta decisión, por cuanto la representación de Prudential era nueva, y no constituía una oferta oral que modifique un existente

1551 Por otra parte, para que trabaje la teoría del RINP y resuelva este problema bajo la mirilla de la CIC, necesariamente tendría que existir el principio de negociar de buena fe, por medio del cual Prudencial o Brumel estarían prohibidos de cambiar de opinión cuando su promesa haya sido brindada a Steve (en el sentido que iban a reconocer la exclusión de la muerte en casos de guerra); sin embargo, si no existiera esa obligación precontractual, entonces el RINP no funcionaría puesto que la fuerza de la obligación vinculante de Brumell y su obligación resarcitoria reposa en la confianza que Steve tiene al actuar en su propio detrimento y en confianza de la promesa de Brumell de excluir el riesgo de guerra.

contrato escrito, por cuanto el asegurado realizó actividades en su propio detrimento y confiando en las representaciones de Prudential.

6.3. Crítica a la promesa vinculante (*promissory estoppel*)

Daniel Farber y John Matheson (1985) piensan que la figura de la confianza (reliance) no es importante dentro del basamento conceptual del *promissory estoppel*. Es decir, piensan que muchas veces se puede recobrar algo bajo la figura del *promissory estoppel* aun cuando el reliance esté ausente, o pueda ser denegado pese a existir reliance.

Son los casos de daños basados en la expectativa, como cuando una parte pierde lo que hubiera podido ganar de no haberse dado un acontecimiento frustrante (lucro cesante o interés positivo). Entonces su conclusión final es que la figura del *promissory estoppel* de la sección § 90 debe desaparecer para dar nacimiento a la figura de la sección § 71 que amplíe la definición del concepto de la consideración.

En efecto, Farber y Mathison (1985) creen que la expansión del *Promissory estoppel* no es el resultado del postulado de Gilmore (de que los torts iban a consumir al contrato), sino que el *Promissory estoppel* se convierte en una rama contractual. En este contexto, ambos autores opinan que la teoría del *Promissory estoppel* ya no es una teoría de segunda base, es decir, muchas Cortes utilizan el *Promissory estoppel* antes de usar la figura de la consideración. De modo, para estos autores, el rol del reliance no es un rol protagónico para que la sección § 90 actúe: piensan que en algunos casos el *Detrimental reliance* se fundamenta en una expectativa de un hecho futuro.

En la práctica, sin embargo, el *Promissory estoppel* ha demostrado ser más eficiente y justo que la consideración en la resolución de

problemas contractuales. La flexibilidad del *Promissory estoppel* permite abordar una gama más amplia de situaciones injustas que no pueden ser resueltas adecuadamente por la teoría de la consideración. Por ejemplo, en casos donde no hay un intercambio de valor tangible, como en promesas altruistas o acuerdos familiares, el *Promissory estoppel* proporciona un medio para hacer cumplir las promesas basándose en la confianza justificada y el detrimento sufrido. Además, la consideración tradicionalmente se enfoca en el momento de la formación del contrato, mientras que el *Promissory estoppel* permite abordar las injusticias que surgen a lo largo de la relación contractual. Por lo tanto, aunque Farber y Matheson sugieren que el reliance no es fundamental para el *Promissory estoppel*,[1552] la realidad práctica muestra que esta teoría es esencial para abordar situaciones de injusticia y desequilibrio en el ámbito contractual que la consideración por sí sola no puede resolver.

7. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS (DAP) FRENTE AL *ESTOPPEL* EQUITATIVO INGLÉS Y EL *PROMISSORY ESTOPPEL* (PE) NORTEAMERICANO

7.1. La DAP[1553] y el *estoppel* equitativo inglés

Como vimos en el capítulo II de esta obra, la Doctrina de los Actos Propios (DAP) fue estudiada al momento de analizar la semejanza que podría guardar con la figura del RINP (CIC). Ahora vamos a ver cómo dicha figura (DAP) puede o no guardar algunas similitudes con respecto al *estoppel*.

1552 Por su parte Mills (1996) sostiene que el *estoppel* promisorio "ni está menguando ni muriendo", sino que está "vivo y vital" (p. 77).

1553 Indistintamente nos referimos al DAP como el DAP o la DAP; lo mismo para el PE, o la PE.

Los siguientes adagios pretenden enfocar la doctrina de los actos propios y definirlo (López Mesa, 2013, p. 133):

Adagio Legal Latino	Traducción al Español
Venire contra factum proprium non valet	No se puede ir en contra de los propios actos
Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam	Nadie puede cambiar su propósito en perjuicio de otro
Quod semel placuit, amplius displicere non potest	Lo que una vez agradó, no puede desagradar más
Patere legem quam ipse fecisti	Cumplir con la ley que uno mismo ha hecho
Non est tolerabilis ignorantia in factum proprio	La ignorancia no es tolerable en el propio hecho
Nemo licet adversus sua facta venire	A nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos

Estos adagios responden a la misma filosofía: "Nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro." (López Mesa, 2013, p. 133).

Al respecto, López Mesa (2013) asevera:

> La doctrina de los actos propios es una derivación inmediata, necesaria y directa del principio de la buena fe… Dado que la buena fe no consiente el cambio de actitud en perjuicio de terceros, cuando la conducta anterior ha generado en ellos expectativas de comportamiento futuro, quien actúa volublemente, sin causa que lo justifique, vulnera el principio general de la buena fe. (p. 134).

Por su parte, Diez Picazo (2014) analiza la teoría de la DAP y la compara con el *estoppel* inglés (mas no con el *promissory estoppel* americano). Diez Picazo (2014) menciona:

> La doctrina inglesa recuerda usualmente la clásica caracterización de Lord Coke: 'becasue a man's own actor acceptance stoppeth or closeth up his mouth to allege or pleade the truth. El '*estoppel*' forma parte de las llamadas 'rules of evidence': una persona que ha establecido la verdad sobre algo, está vinculada, consciente o inconscientemente, a seguir en el proceso unas determinadas reglas de prueba ('rules of evidence;'). El '*estoppel*' es una de estas reglas e impide que una persona, en el curso de un proceso, alegue y pruebe la falsedad de algo que ella misma ha representado con sus palabras o con su conducta, como verdadero. La esencia de un '*estoppel*' radica en que a una persona no puede serle permitido negar un estado de hecho que ella ha establecido como verdadero, expresamente por medio de palabras o implícitamente a través de su conducta, en algún momento anterior. Por ello, el '*estoppel*' se define como 'a rule of evidence whereby a party is precluded from denying the existence of some state of things which he has previously asserted. (p. 126).

En esta cita proporcionada por Diez Picazo la doctrina del "*estoppel*" en el derecho inglés, tal como la caracterizó Lord Coke, se refiere a una norma de evidencia (regla de prueba) que limita la capacidad de una persona para negar un hecho o estado de cosas que anteriormente ha afirmado como verdadero. El "*estoppel*" impide que una persona alegue y pruebe la falsedad de algo que ella misma ha representado como verdadero, ya sea a través de sus palabras o su conducta. La esencia de esta doctrina es que no se le permite

a alguien negar un hecho que ha establecido como verdadero, sea expresamente por palabras o implícitamente por su conducta. Por lo tanto, el "*estoppel*" se define como una regla de evidencia que impide a una parte negar la existencia de algún estado de cosas que previamente ha afirmado.

Es decir, el *estoppel* no es una acción sino una defensa que se puede usar como escudo (a diferencia del *promissory estoppel* que se puede usar como acción y defensa, es decir como espada y escudo).[1554] En este sentido Diez Picazo (2014) analiza solamente la figura del *estoppel* inglés (mas no la doctrina del *promissory estoppel*, pese a que ya tenía un siglo de existencia).[1555] Luego, Diez Picazo (2014) continúa:

> Exista o no esta comunidad de origen histórico, es claro, que una y otra institución han sufrido evoluciones independientes, amoldándose cada una de ellas a la idiosincrasia del país y a la realidad social en que han sido aplicadas, de tal manera que entre ambas figuras existen hoy divergencias muy acusadas. Pero si esto es así, lo es también que acaso estas divergencias y esta disparidad pueden ser un útil complemento. Y así no cabe duda que los juristas continentales pueden dar a su viejo dogma un sentido nuevo a través de una serie de matices sólo por la intuición y el fino sentido jurídico de los anglosajones. (p. 128).
>
> Diez Picazo, en su obra de 2014, analiza las figuras del derecho anglosajón "*estoppel*" y la figura correspondiente

1554 Ese principio también está en las reglas de evidencia del derecho americano.

1555 Diez Picazo (2014) menciona brevemente el "*promissory estoppel*" de la siguiente forma: "En la misma línea se encuentra la idea del '*promissory estoppel*': cuando una persona ha alterado materialmente su posición por la confianza de una promesa, carente de 'consideración', que otra le hizo, el promitente no puede alegar la falta de '*consideration*; para sostener la ineficacia de la promesa" (p. 142).

> en el derecho continental, a menudo referida como "doctrina de los actos propios" (DAP). Según Diez Picazo, aunque estas dos figuras pueden tener orígenes similares y responder a realidades jurídicas distintas, son consideradas como complementarias en su aplicación práctica.

Esta complementariedad no implica que una doctrina suplante a la otra, sino que cada una puede aportar aspectos valiosos para subsanar las carencias de la otra. En otras palabras, estas figuras pueden ser comparadas, utilizadas y revisadas de manera conjunta, respetando sus características y contextos específicos. La idea de complementariedad subraya el valor de integrar perspectivas diferentes para enriquecer el entendimiento y aplicación del derecho, manteniendo la identidad única de cada sistema legal.

El enfoque de Picazo resalta la importancia de un diálogo jurídico intercultural que permita un intercambio de ideas y soluciones entre diferentes tradiciones legales, reconociendo que, pese a las diferencias, pueden existir puntos de convergencia y aprendizaje mutuo.

La doctrina de los actos propios impone un "no hacer" en vez de un "hacer", es decir, se constituye en una limitación a la persona que con su actitud o comportamiento ha generado o suscitado una "confianza" en un tercero ("*estoppel*"), lo que teóricamente es similar al *estoppel* inglés.

El acto en sí no es malo, lo que está mal es cambiar de parecer cuando un comportamiento o promesa anterior ha generado expectativas en un tercero que confía en ese comportamiento o promesa. López Mesa (2013) sentencia:

> No hay nada de malo o cuestionable en el acto en sí, porque éste es lícito -si no lo fuera, no haría falta acudir

> a la doctrina de los actos propios, pues bastaría con invocar normas expresas del ordenamiento-... pero de la correlación del segundo acto o manifestación con la previa actuación surge una contradicción que el ordenamiento no desea favorecer y, entonces, pena. Si no lo hiciera y permitiera el ir y venir de los sujetos a su libre arbitrio por el proceso judicial y la vida de relación, debería desterrarse directamente del derecho toda idea de seguridad, de buena fe, de coherencia, de previsibilidad del tráfico, etc. Y ello resulta inadmisible. La doctrina de los actos propios, entonces, es una concesión que la libertad de actuación de los sujetos debe hacer al interés general, que aquí finca en la seguridad y en la honorabilidad del tráfico jurídico. (p. 141).

La reflexión de López Mesa sobre la doctrina de los actos propios sugiere que no es inherentemente erróneo o cuestionable realizar un acto en sí mismo, siempre que este sea lícito. El problema surge cuando hay un cambio de postura que contradice un comportamiento o promesa anterior, especialmente si esto ha generado expectativas legítimas en un tercero. Esta contradicción, según López Mesa, no es favorable para el ordenamiento jurídico, ya que socava principios como la seguridad, la buena fe, la coherencia y la previsibilidad en las relaciones jurídicas y comerciales.

La doctrina de los actos propios, por lo tanto, actúa como un mecanismo que equilibra la libertad individual de acción con el interés general, centrado en la seguridad y la honorabilidad del tráfico jurídico. En esencia, la doctrina impone una restricción a la libertad de los sujetos de actuar a su antojo, especialmente cuando tal acción puede resultar en una injusticia o incoherencia dentro del marco legal.

¿Y qué es lo que se pretende evitar con esta "doctrina de los actos propios"? justamente se trata de evitar la maledicencia, la picardía, la "viveza" de la parte que pretende cambiar su comportamiento, a sabiendas que su promesa o comportamiento anterior ha generado expectativas o confianza en un tercero. En este sentido López Mesa (2013) concluye:

> Todos estos aportes han recortado el torso de una doctrina pensada para poner coto a la maledicencia procesal acabando de una vez con esa convicción tan fútil como arraigada entre nosotros, de que cualquier pretensión -por inmoral o infundada que se juzgue-, puede tener acogida judicial si se la defiende con ahínco y argumentación leguleyesca… Un juez no debe convalidar pases de magia, o premiar suertes de prestidigitación retórica. (p. 154).

La Doctrina de Actos Propios (DAP) se alinea estrechamente con el concepto de *estoppel* y las reglas de evidencia, con el objetivo de evitar que una parte cambie de opinión de manera que resulte en un daño a un tercero. Esta doctrina comparte características con el *estoppel* inglés en el sentido de que ambos actúan como mecanismos de defensa procesal, utilizados principalmente como un "escudo" y no como una "espada" en el litigio. La DAP y el *estoppel* inglés, por lo tanto, se enfocan en preservar la coherencia y la fiabilidad en las relaciones jurídicas, asegurando que las acciones y declaraciones previas de una parte no sean contradichas de forma que perjudiquen a otros.

7.2. Caso de la representación aparente y la DAP como escudo procesal

La idea del *estoppel* inglés que resuelve el siguiente caso, muy bien puede ser resuelto a través de la doctrina de la representación aparente. El agente que contrata con un tercero en base a un poder genera una confianza en el tercero basado en esta apariencia de poder (*detrimental reliance*), donde el principal estaría prohibido de desafiar la validez de esa transacción (siempre y cuando el principal no hubiese dado notificación al tercero de la invalidez de dicho poder). (Diez Picazo, 2014, p. 131).

Pero pese a este ejemplo, Diez Picazo (2014) cree que el *estoppel* es simplemente una figura puramente procesal,[1556] tenido como una defensa (excepción procesal), y no como fundamento de una acción:

> "Conviene insistir sobre ello: la eficacia del '*estoppel*' es, en principio, puramente procesal... Forma parte de las '*rules of evidence*, y éstas pertenecen netamente al Derecho procesal. De aquí, que en Derecho inglés no puede obtenerse un '*estoppel*' lo que nosotros denominamos efectos de carácter

1556 Diez Picazo analiza el tema del *Estoppel* y clasifica los elementos del mismo a partir de sus lecturas del "*estoppel*" prodigadas por Blackstone (*Commentaries on the Law of England*, Portland, 1807).

1) Que una persona haya proporcionado una afirmación que genere un determinado estado de cosas.
2) El estado de cosas afirmado debe ser claro, inequívoco, sin doble sentido, ni ambigüedad.
3) La afirmación debe recaer sobre un estado de cosas que se presenta como existente en el momento actual o en un momento pasado.
4) El *estoppel* se produce a favor de la persona que ha confiado en la afirmación. "Esta confianza debe ser cualificada por el hecho de que la apariencia suscitada haya inducido a la persona a realizar un acto que altere su situación jurídica anterior ('*alter his position*'). Es precisamente este cambio de posición lo que queda protegido por el '*estoppel*' Si la persona que recibió la afirmación, no fundó en ella ningún acto modificativo de su situación anterior, el '*estoppel*' no se produce." (Diez Picazo, 2014, pp. 138-139).

> sustantivo. No crea, por tanto, ni modifica, ni extingue una situación jurídica Su efecto es exclusivamente procesal: imposibilita una determinada alegación y hace que se la considere inadmisible" (p. 131-132).

Resulta interesante hacer énfasis que Diez Picazo solamente se enfoca en la figura del *estoppel* inglés del siglo XIX (no en el *promissory estoppel* americano del siglo XX). La concepción de Diez Picazo con respecto al *estoppel* (en el sentido de que el *estoppel* es un escudo procesal), es válido.[1557] Nuevamente, se define al *estoppel* como cuyo "fundamento se encuentra en la idea que, cualquiera que haya podido ser la intención real de la persona, ésta debe quedar vinculada por la apariencia o impresión que el sentido objetivo de su conducta pueda haber ocasionado en otro" (Diez Picazo, 2014, p. 142).

Seguidamente Diez Picazo (2014) menciona:

> En la literatura jurídica inglesa se encuentra reiteradamente señalado que un '*estoppel*' no es nunca causa de acción ('cause of action'), sino un arma estrictamente defensiva ('a strictly defensive weapon) y algún autor gráficamente enseña que es una espada, sino un escudo. El *estoppel* no es, por tanto, causa de la acción, esto es, fundamento de la demanda, sino medida defensiva, fundamento, por ello, de una oposición. Si se quiere tratar de encerrarlo en una categoría conceptual -problema este que para un jurista anglosajón o ni siquiera se plantea o carece por completo de trascendencia- podría pensarse, y se ha pensado, en la

1557 Sin embargo, también es cierto que el *promissory estoppel* puede ser usado como escudo y como espada, dando así derechos sustantivos y no solamente protecciones procesales, como lo vimos anteriormente.

> figura de las 'excepciones' entendidas como facultad de enervar la acción o la pretensión de otra (p. 132).

Sin embargo, pese a que estamos de acuerdo con esta interpretación de Diez Picazo (2014) del *estoppel* inglés, no estamos de acuerdo con su análisis al respecto de un caso americano que él recoge de segunda mano. En efecto, Diez Picazo (2014) recoge de Sereni (*Studi di Diritto Comparato, L'equity negli Stati Uniti, en R.T.D.P.C.*, 1952) y Milano (1956, p. 38 y ss.) que dice:

> "Si A, después de contraer matrimonio con B en el Estado de Nueva York y de haber establecido allí el domicilio conyugal, obtiene en Nevada, con rebeldía de B, un divorcio no reconocido en Nueva York, se casa también en Nevada con C, y B, a su vez considerándose libre por efecto del divorcio, se casa con D, en Nueva York, A no puede impugnar el matrimonio de B con D alegando que su divorcio no era válido con arreglo a la legislación de Estado de Nueva York, aunque esta legación sea jurídicamente correcta. A, mediante su divorcio y su posterior matrimonio, ha creado una situación tal que ha inducido a B a actuar sobre esta confianza y queda '*estopped*' para negar la validez de su propio divorcio. El '*estoppel*' actúa aquí como excepción que B opone a la demanda de A dirigida a impugnar el matrimonio con D. (pp. 132-133).

El caso hipotético descrito por Diez Picazo, y mencionado en su consulta, ilustra una situación compleja en el ámbito del derecho familiar y procesal. Este caso hipotético plantea diversas cuestiones legales relacionadas con la jurisdicción, el servicio de la demanda, la rebeldía y las consecuencias de un divorcio en términos de bigamia.

En este escenario, se cuestiona cómo una Corte de Nevada podría tener jurisdicción sobre un divorcio entre dos partes, A y B, especialmente si no se explica adecuadamente si B fue notificado personalmente y si estaba al tanto de la demanda de divorcio presentada por A. La validez de la jurisdicción de la Corte de Nevada depende de varios factores, incluyendo si A vivió en Nevada el tiempo suficiente antes de presentar la demanda.

Suponiendo que la notificación a B fue adecuada y que B optó por no presentarse para responder a la demanda, el divorcio entre A y B sería válido, dejando a B libre para casarse con D sin incurrir en bigamia, ya que el matrimonio previo con A estaría legalmente disuelto. Si A intentara impugnar el nuevo matrimonio de B con D, estaría impedido de hacerlo debido al principio de *estoppel*, dado que B actuó basándose en el conocimiento del divorcio.

Este caso hipotético demuestra la importancia de seguir las reglas procesales y las implicaciones de la jurisdicción y la notificación adecuada en los procedimientos de divorcio. También subraya la relevancia del principio de *estoppel*, que puede impedir que una parte impugne un hecho o situación sobre la cual previamente ha dado su consentimiento o ha actuado en consecuencia.

Si se hubiesen aceptado como ciertos todos los supuestos procesales del caso mencionado, entonces B habría podido utilizar la figura del "*estoppel*" como una excepción procesal en respuesta a la demanda de A contra su matrimonio con D. Esto demuestra que el *estoppel* se configura como una excepción que debe ser invocada por una de las partes en el proceso, y no puede ser aplicada de oficio por el tribunal. En esencia, el *estoppel* se convierte en una herramienta defensiva en manos de la parte que busca protegerse de las acciones

legales basadas en hechos o promesas previas en las que se basó. (Diez Picazo, 2014, p. 133.)[1558]

7.3. *Estoppel by acquiescense*

El término "acquiescense" se traduce al español como "aquiescencia" y significa que una persona ha consentido algo, o sea una inacción que en determinados supuestos causa un '*estoppel*'.[1559] Los casos que Diez Picazo revisa para definir este tipo de *estoppel* son recogidos por otros autores como Ashburner (1902).

El primer caso que trata es "*Berrysford v. Millward*"[1560] en el que dice "los tribunales ingleses decidieron que, cuando un hombre ha permitido que otro edifique sobre su terreno, conociendo el propietario la existencia y el alcance de su propio derecho e ignorándolo el edificante de buena fe, el tribunal debe obligar al propietario del suelo, que sólo ha hecho valer su derecho cuando el

---

1558 Existen otras referencias de Diez Picazo (2014) otro tipo de *estoppel*s, por ejemplo, el "*estoppel* by deed" y el "*estoppel* in pais". Mientras que el "*estoppel* by deed" se refiere a un *estoppel* que surge de declaraciones o manifestaciones contenidas en un documento sellado (o "deed"), el "*estoppel* in pais" se relaciona con *estoppel* derivado de "actos ejecutados de manera notoria en cierto lugar". Este último tipo de *estoppel* se basa en acciones o conductas realizadas abiertamente que crean ciertas expectativas o creencias en otras personas. En esencia, el "*estoppel* by deed" vincula a las partes a las declaraciones hechas en un documento formal, mientras que el "*estoppel* in país" se relaciona con las implicaciones de las acciones públicas o conductas de una persona. Ambos sirven para mantener la coherencia y prevenir contradicciones en las relaciones y transacciones legales, pero operan en contextos diferentes y con fundamentos distintos (pp. 138-139).

1559 Mc Kendricks (2017) explica que el *estoppel* se basa en la idea de que a una persona que hace una representación no se le permitirá retractarse de ella si se pretendía que la representación fuera actuada y la otra parte lo hizo en su detrimento. El *estoppel* equitativo inglés es un principio legal que impide a alguien afirmar un hecho contrario a su representación anterior (pp. 145-147).

1560 Es difícil encontrar este caso puesto que Diez Picazo no cita la procedencia de este caso, de qué corte procede o qué jurisdicción y cuál específicamente fue el orden de acontecimientos, solamente cita el año de 1740; pero el texto de Ashburner es de 1933, y el Diez Picazo es del 2014, entonces no es muy clara la procedencia de este caso.

edificio había ya sido totalmente construido, a permitir el goce quieto y pacífico del edificante" (Diez Picazo, 2014, p. 143).

Consultado el libro de Ashburner (1933) para encontrar el caso de *Berrysford v. Millward*, lo encontramos en la página 638, donde Ashburner habla del caso *Earl of Bedford v. Clare*, cuyo principio fue seguido por Lord Hardwicke en *Berrysford v. Millward*. (Ashburner, 1902, p. 638).

El otro caso que Diez Picazo (2014) cita de Ashburner (1933), es "*Ramsden* V *Dyson*: HL 1866, [1866] LR 1 HL 129, (1866), en el que Diez Picazo plantea que se establecieron las siguientes proposiciones:

1) Si un extraño comienza a edificar en una tierra suponiendo que es suya y el verdadero propietario, dándose cuenta de este error, se abstiene de hacer valer su derecho y le deja al edificante perseverar en su error, la equidad no puede permitir después que el propietario ejercite su derecho.
2) Pero si un extraño edifica en terreno ajeno, conociendo que es propiedad de otro, la equidad no impide al propietario reclamar en cualquier momento su terreno.

> La aquiescencia o la inacción son en determinados supuesto causa de un '*estoppel*'. La inacción se presenta como un equivalente de la representación. En la doctrina inglesa se razona así: una representación, según sabemos, puede ser originada por palabras o por actos, es decir, por medio del lenguaje o por medio de la conducta. La inacción es un tipo de conducta, es una conducta pasiva u omisiva que, por tanto, puede ser también fuente de una representación. (Diez Picazo, 2014, p. 144).

En este caso *Ramsden v. Dyson*, LR 1 HL 129, 170 (1866), Lord Kingsdown articuló su voto disidento expresando su perspectiva respecto al concepto de *estoppel* de la siguiente manera:

> El estado de derecho aplicable al caso me parece que es éste; si un hombre, bajo un acuerdo verbal con un propietario por un cierto interés en la tierra, o lo que equivale a lo mismo, bajo una expectativa, creada o alentada por el propietario, que tendrá un cierto interés, toma posesión de dicha tierra con el consentimiento del propietario, y con la fe de tal promesa o expectativa, con el conocimiento del propietario, y sin objeción por parte de él, se establece el dinero en la tierra, un Tribunal de equidad obligará al propietario a dar efecto a tal promesa o expectativa. Este fue el principio de la decisión en *Gregory v. Mighell* 18 Ves. 328, y, como lo concibo, no tiene dudas. "Incluso si hubiera incertidumbre en cuanto a los términos del contrato, un tribunal de equidad podría interferir para evitar el fraude, pero no estaba claro qué, en ese caso, remedio debía ser. Las opciones fueron entre la concesión de un interés específico en la tierra y la concesión de un recurso de restitución, como la compensación monetaria."[1561]

La naturaleza del caso *Ramsden v. Dyson* como un precedente judicial es motivo de incertidumbre. En su lugar, podría considerarse como un evento histórico que refleja el incipiente desarrollo de la noción de *estoppel* en el contexto de los derechos reales en 1866. No obstante, es relevante destacar que, en este caso particular, el *estoppel* no resultó en un veredicto favorable para los inquilinos.

Diez Picazo (2014) hace referencia al caso de *Earl of Bedford v. Clare* (página 145), cuyo análisis se basa en el texto de Ashburner

1561 *Ramsden* V *Dyson*: HL 1866, [1866] LR 1 HL 129, [1866].

(1902, p. 638). Sin embargo, Ashburner no describe el caso en su totalidad, limitándose a ofrecer su interpretación, lo que deja incógnitas sobre los detalles específicos del caso (página 638). Según Ashburner, Clare había obtenido un préstamo garantizado por un estatuto, y posteriormente, se otorgó un préstamo hipotecario sobre las mismas tierras afectadas por el estatuto. La persona que redactó la hipoteca no reveló la existencia del estatuto, y dado que el valor de las tierras no superaba el monto de la hipoteca, la omisión se consideró fraudulenta, impidiendo que se beneficiara del estatuto frente al acreedor hipotecario.

En otras palabras, en una situación donde un acreedor presta dinero a un deudor, y este último hipoteca los bienes ya sujetos a otra carga sin informar al nuevo acreedor, el acreedor original quedaría impedido de prevalecer debido a su omisión.[1562]

La metodología de análisis del *estoppel* por parte de Diez Picazo está claramente influenciada por la jurisprudencia y la doctrina inglesa, particularmente en la forma en que se apoya en las interpretaciones de figuras destacadas como Ashburner y Blackstone. Su enfoque, centrado en el estudio de casos judiciales de los siglos XVII y XIX y en la integralidad de resúmenes y opiniones de estos autores, suscita inquietudes legítimas sobre la completitud y profundidad de su análisis. Esta metodología podría limitar la capacidad de obtener una

1562 Este caso pertenece a una época pasada, ya que, en la actualidad, los sistemas de registro de propiedades inmobiliarias mantienen un registro exhaustivo de las cargas y gravámenes asociados a cada propiedad. En consecuencia, recae en la responsabilidad del nuevo acreedor realizar una revisión minuciosa de la historia del título de propiedad con el propósito de identificar la presencia de cargas hipotecarias u otros gravámenes anteriores. Es importante destacar que, en muchas transacciones inmobiliarias contemporáneas, se recurre a la adquisición de un seguro de título. Este seguro es proporcionado por una compañía especializada en títulos y ofrece garantías de que no existen cargas o gravámenes previos que afecten al nuevo acreedor, lo que brinda un mayor nivel de seguridad en dichas transacciones.

comprensión exhaustiva y actualizada del *estoppel*, especialmente en el contexto de las dinámicas legales modernas.

7.4. La DAP y el PE

La principal diferencia entre la doctrina de los actos propios y el *promissory estoppel* radica en que, en este último, el promisario modifica sustancialmente su posición basándose en la promesa del promitente. Por otro lado, la doctrina de los actos propios se enfoca en mantener la situación jurídica previamente establecida por el promitente, ya sea a través de su conducta o promesa, buscando prevenir daños al interés de terceros.

Asimismo, hay otra diferencia entre ambas figuras en el sentido de que la DAP se fundamenta en la aplicabilidad de una promesa basada en el principio de buena fe, mientras que el *promissory estoppel* se basa en la confianza y la equidad. Como se discutió en el capítulo III, la introducción del principio de buena fe implica considerar la mala fe o el dolo en el análisis de la transacción, aunque para algunos la DAP busque la defensa de la confianza, como lo dice López Mesa (2013): "la doctrina de los actos propios es, entonces, una limitación al ejercicio de un derecho, que reconoce como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer." (López Mesa, 2013, p. 138).

Asimismo, es importante recordar que la diferencia entre el *estoppel* inglés y el *promissory estoppel* radica en que el *estoppel* inglés se fundamenta en la filosofía de prevenir o evitar que un promitente altere un hecho pasado. En otras palabras, el *estoppel* funciona como una defensa, como un escudo contra la posibilidad de cambio por parte del promitente, por lo que López Mesa habla de prevenir la

astucia o la artimaña. Del mismo modo, en el capítulo III observamos la similitud entre la CIC y la figura del *misrepresentation*.

Contrastando esto con el *promissory estoppel*, encontramos que mientras la doctrina de los actos propios se enfoca en la coherencia de las acciones pasadas y su impacto en las expectativas de terceros, el *promissory estoppel* se centra más en la relación entre el promitente y el promisario. En el *promissory estoppel*, un promisario cambia su posición de manera sustancial basándose en la promesa del promitente, y esta doctrina (DAP) impide que el promitente se retracte de su promesa si esto causaría un perjuicio al promisario. Aquí, con el PE, la atención se centra en la confianza generada por la promesa y las acciones que se toman en respuesta a esa promesa.

Mientras que la doctrina de los actos propios busca preservar la coherencia y prevenir contradicciones en el comportamiento de los sujetos, el *promissory estoppel* se enfoca en proteger las expectativas generadas por las promesas y evitar perjuicios injustos.

Otra diferencia que vemos entre la doctrina de los actos propios y el *promissory estoppel* es que la doctrina de los propios tiene una aplicación amplia, se puede aplicar tanto al derecho administrativo como al derecho privado; mientras que el *promissory estoppel* siempre ha sido aplicado dentro del área contractual, mas nunca en el área del derecho administrativo. (López Mesa, 2013, pp. 190, 196).

En este mismo sentido, la doctrina de los actos propios se puede extender a campos como el derecho laboral o el derecho de familia (López Mesa, 2013, pp. 221-228); en cambio, el *promissory estoppel* solamente se aplica a los contratos.

Otra diferencia es que la teoría de los actos propios puede aplicarse también al actuar de la magistratura, "impidiendo que jueces y tribunales desanden el camino recorrido en un expediente,

salvo que enmienden un acto anterior gravemente viciado." (López Mesa, 2013, p. 201.) En cambio, la doctrina del *promissory estoppel* no se aplica al actual del magistrado, pero la sentencia basada en un caso de *promissory estoppel*, obviamente se puede usar como precedente para tomarlo como fundamento jurídico al argumentar un caso semejante.

Finalmente, como lo vimos con el tema del *estoppel*, el DAP se puede aplicar dentro de las reglas de evidencia como una defensa (escudo), mas no como una acción (espada). Esto contrasta con el concepto de PE que permite su uso tanto como una acciona si como una defensa (es decir en su doble capacidad de espada y escudo).

7.5. Limitaciones de la doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios, como debe ser toda doctrina, no puede ser aplicada de manera inflexible ni antisocial, porque de lo contrario caería en el mismo yerro que se supone está llamado a superar.

La aplicación de la doctrina de los actos propios es residual y supletoria. No se puede aplicar contraviniendo a la ley que previene o regula una solución expresa, no es en realidad un principio que sustente una causa de acción, sino más bien es una doctrina que -al igual que el *estoppel*- sustenta una defensa o una excepción en el plano procesal.

Otro de los grandes problemas de la Doctrina de los Actos Propios, y tal vez, una limitación de carácter intrínseco (porque responde a su propia formulación), sea la que avizoró Diez Picazo (2014):

> Y, sin embargo, si somos sinceros, tendremos que confesar que pocas reglas de derecho poseen una vaguedad y una

> falta de concreción tan grandes, hasta el punto de que es posible decir que su aplicación o inaplicación se fundan, la mayor parte de las veces, en convicciones intuitivamente formadas. Esta vaguedad y esta falta de concreción conducen, inevitablemente, a la falta de clara delimitación. Por su misma formulación, tan abstracta y falta de clara delimitación. Por su misma formulación, tan abstracta y general, la regla de que nadie puede ir contra sus propios actos, es susceptible de ser aplicada a las más extrañas y contrapuestas hipótesis. No se conocen sus límites, sus presupuestos, su fundamento, su finalidad. La inseguridad es una consecuencia de la confusión y consiste, en definitiva, en no saber a qué atenerse en cuanto a su alegación, a su cita, o a su utilización como razón decisiva de una petición litigiosa o base de una sentencia. La inseguridad es, sobre todo, incertidumbre sobre la actitud que el Tribunal adoptará... Nuestra 'doctrina de los propios actos' es quizá uno de los temas más necesitados de reelaboración y de revisión. (pp. 74-75).

Y con respecto a la interrelación entre la doctrina de los actos propios con el negocio, Diez Picazo (2013) explicaría:

> "Hay que decir que existen en la actualidad numerosas sentencias que ofrecen para la llamada doctrina de actos propios un doble fundamento: como manifestación de voluntad de un determinado sujeto que desea crear, modificar o extinguir derechos, y como exigencia de la buena fe que impone la coherencia de comportamiento y limitar la posibilidad de contradecir el sentido en el que la otra persona pudiera haber confiado. Esta doble fundamentación que se ofrece yuxtaponiendo ambas tesis,

> hay que decir que esta internamente falta de concordancia, pues se trata de dos perspectivas completamente distintas la de ligar los actos propios con una voluntad negocial o cuasinegocial, y la de establecer su relación con el principio de la buena fe y con la coherencia del comportamiento y de la limitación de las posibilidades que ello entraña, lo cual por otra parte, hay que decir que es un índice bastante claro de que nuestra la doctrina de los actos propios, según se dijo en alguna ocasión, no ha llegado a conseguir un punto de vista que pueda considerarse generalmente aceptado" (p. 81).

Es decir, Diez Picazo (2014) entiende que existen dos limitaciones de la doctrina de los actos propios: una limitación de carácter intrínseco, cuando reconoce su propia **generalidad, abstracción y vaguedad (p. 89)**, y otra limitación de carácter extrínseco cuando analiza cómo colisiona la doctrina de los actos propios con la voluntad negocial de crear obligaciones.

Es decir, intrínsecamente, la doctrina necesita reformulación, pero extrínsecamente existe un conflicto entre la postura de considerar la doctrina como "espada" o como "escudo". Si se la considera como defensa (escudo), entonces la doctrina de los actos propios realmente responde a su propia definición que es la de evitar que una persona vaya contra sus propias promesas ("escudo") y es allí donde encuentra su similitud con la figura del *estoppel inglés*; y por otra parte, al tratar de considerar la doctrina de los actos propios como "espada" y utilizarla como herramienta para peticionar o sustentar una pretensión, es allí donde Diez Picazo expresa su preocupación.

El propio Diez Picazo (2014) califica a la DAP como de "extravagante: "Es curioso observar que, en la actualidad, se trata de una regla, **extravagante**, cuya 'sede materiae; nadie conoce con exactitud" (p. 215).

Sin embargo, esta contradicción de carácter intrínseco que avizora Diez Picazo (2014), también se la puede observar en la figura de la consideración.[1563]

8. APLICACIÓN DEL PE A CASOS COMERCIALES

La teoría del PE también es usada en un espectro contractual como los casos de franquicias, o de pujas de contratistas de construcción, entre otros. A partir de los años 1960, la teoría del PE se expande al espectro comercial, lo que viene corroborado con la dación del Segundo Restatement de los Contratos en 1981, donde el PE se encarna en las ofertas firmes, contratos de garantía, modificaciones de contratos y promesas cubiertas bajo el estatuto de fraudes. De modo que la "confianza justificante" (justificable reliance) o *detrimental reliance* sale del cascarón primigenio de las subscripciones de caridad y los acuerdos matrimoniales, para ampliarse a un espectro mucho más amplio (Teeven, 2005, p. 1151).

En este contexto, un aspecto interesante que puede resultar útil recordar, como lo vimos en los apartados anteriores, es el tema referido a la interacción del reliance con el Estatuto de Fraudes.[1564]

1563 Gordon (1991) argumenta que la doctrina de la consideración está desactualizada y no explica el derecho de los contratos en la actualidad. Sin embargo, también reconoce que la doctrina aún sobrevive en algunos lugares y que el derecho común a menudo se aferra a la tradición (pp. 310 y ss).

1564 Estatuto de Fraudes del *Common law*. Inglaterra. (1677). Barnett (1986) indica que el Estatuto de Fraudes es una ley que se promulgó en 1677 e impone ciertas limitaciones en los contratos (p. 269).

Como es sabido, el Estatuto de Fraudes,[1565] es una ley que permite anular transacciones que vulneren principios de orden público, por ejemplo, una venta de bienes que no se haya producido por escrito cuando supera $500,[1566] o un contrato de servicios por un período mayor a un año, o una transferencia de un terreno que se materialice al margen de un contrato por escrito.[1567]

En este sentido, tenemos la sección 139 del Segundo Restatement de los Contratos[1568] que claramente explica: Ejecución en virtud de la acción en "reliance":

(1) Una promesa que el promitente debe esperar razonablemente que induzca a la acción o la inacción por parte del promisario o una tercera persona y que induce la acción o la inacción **es ejecutable a pesar del Estatuto de Fraudes** si la injusticia puede evitarse sólo mediante la aplicación de la promesa. El recurso otorgado por incumplimiento se limitará según lo requiera la justicia.

(2) Para determinar si la injusticia puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa, las siguientes circunstancias son significativas:

1565 Gordon (1991 explica que el Estatuto de Fraudes es una ley que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Lo describe como una norma que exige "un escrito firmado para contratos de venta de bienes de quinientos dólares o más" y lo identifica como una de las posibles defensas ante un contrato (pp. 283 y ss.).

1566 UCC § 2-201(1)).

1567 Sin embargo, pese a que existe este numeral, es necesario recordar que el Restatement es una guía, de modo que, en la parte práctica, las Cortes han declinado la invocación del PE para derrotar al Estatuto de Fraudes, ya que las Cortes insisten en las formalidades contractuales, ya sea debido a que los jueces están más familiarizados con principios contractuales de la formalidad y la consideración (Cfr. Pham, 1994, p. 1288).

1568 Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.)

(a) la disponibilidad y adecuación de otros recursos, en particular la cancelación y **restitución**;
(b) el carácter definitivo y sustancial de la acción o inacción en relación con la reparación solicitada;
(c) la medida en que la acción o inacción corrobora la evidencia de la realización y los términos de la promesa, o la realización y los términos se establecen de otra manera mediante evidencia clara y convincente;
(d) la razonabilidad de la acción o inacción;
(e) la medida en que la acción o la inacción eran previsibles para el promitente.

Comentario:

a) Relación con otras reglas. Esta Sección es complementaria al § 90, que prescinde del requisito de contraprestación si se cumplen las mismas condiciones, pero también se aplica a las promesas respaldadas por contraprestación. Como § 90, esta Sección se superpone en algunos casos con reglas basadas en *estoppel* o fraude; enuncia un principio básico que a veces hace innecesario investigar el alcance preciso de otras políticas. Las secciones 128 y 129 establecen aplicaciones particulares del mismo principio a los contratos de tierras; §§ 125 (3) y 130 (2) también se basan en parte. Ver también Código Uniforme de Comercio §§ 2- 201 (3), 8-319 (b). Cuando se hace una promesa sin la intención de cumplir, los remedios bajo esta Sección pueden ser alternativos a los remedios por fraude. Ver comentario b al § 313; Segundo Restatement de Torts § 530.

b. Evitación de la injusticia. Al igual que el § 90, esta sección establece un principio flexible, pero el

> requisito de consideración se desplaza más fácilmente que el requisito de un escrito. **La confianza (reliance) debe ser previsible por parte del promitente y la aplicación debe ser necesaria para evitar injusticias**. La subsección (2) enumera algunos de los factores relevantes en la aplicación de este último requisito. Cada factor se relaciona con la medida en que la confianza proporciona una base sustantiva convincente para el alivio, además de las expectativas creadas por la promesa, o con la medida en que las circunstancias satisfacen el propósito probatorio del Estatuto y cumplen cualquier función de cautela, disuasión y canalización que puede servir.

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales que tienen mucho que ver con la aplicación del *promissory estoppel* en los esquemas de aplicación a los esquemas comerciales. Como parte del proceso expansivo del PE a ramas que ocupan el espectro laboral o comercial, tenemos por ejemplo el caso *Mers v. Dispatch Printing Co.*,[1569] que trata de un empleado, el demandante Mers, que en algún momento sustenta cargos criminales que llaman la atención de su empleador que lo despide, pero le promete volver a contratar a Mers, y pagarle los meses que no trabajó, una vez que los cargos criminales sean desestimados. Pues bien, Mers obtiene la desestimación de los cargos criminales en su contra, pero el demandado no lo recontrata pese a que Mers no busca empleo en otra compañía a tenor de la confianza en la promesa del demandado, y entonces Mers demanda a su empleador por los meses que no ganó dinero debido a promesa del demandado. Lo que hace la Corte de Apelaciones es reenviar el caso a la Corte de primera instancia con el fin de determinar el monto del

1569 *Mers v. Dispatch Printing Co.*, 529 N.E.2d 958 (Ohio Ct. App. 1988).

daño (interés negativo) bajo la lupa de ambas teorías, la contractual "breach of contract" (incumplimiento de contrato unilateral), y *promissory estoppel*.

En el caso de *United Elec. Corp. v. All Serv. Elec. Inc.* de 1977,[1570] la corte evaluó una situación en la que no existía un contrato formal entre el contratista general y el proveedor de material electrónico United, después de que el subcontratista All Service Elec., Inc. no pagara $8,000 a United por los materiales suministrados. La controversia se centró en la promesa del contratista general de pagar con cheques solidarios de ambos, el contratista y el subcontratista, lo que motivó a United a proveer los materiales.

A pesar de que una parte de la doctrina sugirió que podría haber existido un acuerdo implícito entre el contratista general y United, basado en un beneficio mutuo, la corte no encontró evidencia de un contrato formal. Sin embargo, la corte aplicó el principio del *promissory estoppel*, obligando al subcontratista a pagar a United. La razón fue que United había sido motivado e inducido por las promesas del contratista general, que ofrecían garantía al subcontratista (que tenía crédito cuestionable). Este caso destaca cómo el *promissory estoppel* puede ser aplicado para hacer cumplir promesas que indujeron a una parte a actuar de cierta manera, a pesar de la ausencia de un contrato formal.

Por otra parate, en cuanto a lo referente a las modificaciones contractuales en el sector comercial, en el *common law* existe el principio de que para que un contrato pueda modificarse se debe brindar una nueva consideración (regla del deber preexistente). Una excepción a esta regla lo encontramos en el caso del "waiver" o sea

1570 *United Elec. Corp. V. All Serv. Elec. Inc.*, 256 N.W. 2d 92 (1977).

"exención". En el caso de *Brewer v. Universal Credit Co.* (1940),[1571] el demandante compró un automóvil a crédito y se retrasó en dos pagos. Universal Credit Co. aceptó almacenar el vehículo por 30 días para que el demandante pudiera pagar las cuotas atrasadas. Sin embargo, antes de que venciera el plazo, Universal Credit vendió el vehículo a un tercero, ignorando el acuerdo previo. La Corte de Mississippi sostuvo que, aunque no hubo una nueva consideración que modificara el contrato original, el demandante actuó basado en las promesas de Universal Credit, y esa confianza debía ser respetada, aplicando el principio de "*promissory estoppel*".

La Corte lo expresó de la siguiente forma, aunque se refirió a la versión primigenia del artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos de 1932:

> Por tanto, surge una situación propicia para la aplicación del principio plasmado en el artículo 90, Restatement de Contratos, que "Una promesa que el promitente debe esperar razonablemente que induzca una acción o inacción de carácter definido o sustancial por parte del aceptante y que induce tal acción o inacción es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante la aplicación de la promesa", que es simplemente una declaración concisa de la doctrina moderna del *promissory estoppel*. *Lusk-Harbison-Jones v. Universal Credit Co.*, 164 Miss. 693, 698, 145 So. 623... *Fried v. Fisher*, 328 Pa. 497, 196 Atl. 39.

En el caso de *The Travelers Indemnity Company, Appellant, v. B. N. Holman, Mary Alice Coombs, et al.*, Appellees, 330 F.2d 142 (5th Cir. 1964), un corredor de seguros aseguró erróneamente a un cliente

1571 *Brewer v. Universal Credit Co.*, 191 Miss. 183, 192 So. 902 (1940).

que su propiedad en Texas estaba cubierta contra inundaciones por la póliza de seguro, cuando no era así. Tras un desastre natural que dañó la propiedad y ante la negativa de la aseguradora a cubrir el siniestro, el tribunal aplicó el principio de "*promissory estoppel*" para hacer valer un término implícito del contrato original, permitiendo al asegurado confiar en las descripciones proporcionadas sobre la cobertura de la póliza. Este caso ilustra cómo los tribunales han usado el *promissory estoppel* en contextos de seguros para proteger a los asegurados frente a informaciones incorrectas sobre sus pólizas. "Por lo tanto, el tribunal utilizó el *promissory estoppel* para hacer cumplir un término implícito en el contrato original: que el asegurado puede considerar las descripciones de la póliza como autorizada." (Barnett, R. y Becker, M. 1987, p. 464).

Por otra parte, en el caso de *East Providence Credit Union v. Geremia*,[1572] los demandados obtuvieron un préstamo para comprar un vehículo con la condición de mantener el seguro y pagar las primas. Cuando dejaron de pagar el seguro, el demandante prometió cubrir el seguro y las primas, pero no lo hizo, y el vehículo sufrió un accidente. La Corte aplicó la teoría del *promissory estoppel* para rechazar la pretensión del demandante de cobrar el resto de la deuda, ya que los demandados habían actuado confiando en la promesa del demandante.

Finalmente, en el caso de *Hessler, Inc. v. Farrell*,[1573] relacionado con pensiones y asuntos laborales, Farrell, empleado de Hessler, Inc., trabajó durante años bajo la promesa de una pensión de retiro hecha primero por Hessler, Senior, y luego reiterada por su hijo. Farrell, confiando en esta promesa, rechazó otras ofertas de trabajo. Tras retirarse y no recibir la pensión prometida de $12,000 mensuales por

1572 *East Providence Credit Union v. Geremia*, 103 R.I. 597, 239 A.2d 725 (1968).
1573 *Hessler, Inc. v. Farrell*, 226 A.2d 708 (1967).

5 años, Farrell demandó a la empresa. La Corte aplicó la doctrina del *promissory estoppel* para hacer efectiva la promesa, obligando a la empresa a cumplir con la pensión acordada.

Las Cortes también han expandido el uso del PE a otras áreas como los acuerdos de alquileres, compra de acciones o notas promisorias. (Farber y Matheson, 1985, p. 907).

En función a los casos analizados podríamos concluir que el PE se aplica en múltiples escenarios de la vida comercial, done podríamos mencionar algunos vectores:

1) Negociaciones implícitas.
2) Ofertas o promesas firmes.
3) Modificaciones de contratos.
4) Garantías que puedan considerarse como parte de una transacción general y
5) Las pensiones prometidas al momento de la jubilación o cerca de ella.
6) Acuerdos de alquileres.
7) Compras de acciones.
8) Compra de notas promisorias.

El *promissory estoppel* (PE) demuestra su versatilidad y predominio en diversos sectores, superando el ámbito de las negociaciones preliminares. Su aplicación no se limita a fases iniciales, sino que también es crucial en contextos donde ya existe un contrato establecido, permitiendo su modificación en situaciones como seguros o pensiones. Esto contrasta con el campo más restringido de la CIC, en especial la Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares (RINP), enfocado principalmente en las negociaciones preliminares en el derecho italiano y continental. Mientras la RINP se basa en la obligación de negociar de buena fe,

el PE ofrece un espectro de acción más amplio, abarcando desde la modificación de contratos existentes hasta el aseguramiento de promesas en fases negociadoras.

9. CONCLUSIONES

1. El *promissory estoppel* (PE) sortea con eficacia las limitaciones del Estatuto de Fraudes y la Regla de Evidencia Parol, a diferencia de la *Culpa in contrahendo* (CIC).
2. Inicialmente un reemplazo de la consideración, el PE ha evolucionado para abordar situaciones indefinidas y desafiar normativas como el Estatuto de Fraudes.
3. El PE busca más que la compensación por daños (interés negativo), incluyendo la ejecución forzosa y beneficios perdidos, superando en justicia a la CIC.
4. La Doctrina de Actos Propios (DAP) es considerada vaga y extravagante por Diez Picazo.
5. La RINP se asemeja a la misrepresentación extracontractual del common law, centrada en la negociación de mala fe o el ocultamiento de información.
6. El PE tiene un alcance más amplio que la RINP, aplicándose más allá de las negociaciones preliminares y en contextos donde no existe consideración.
7. La RINP, enraizada en los torts, no se considera un sistema de responsabilidad único, siendo menos eficiente que el PE desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial.
8. El PE es una herramienta flexible y justa, basada en la equidad y eficaz al no imponer un deber específico de acción.
9. Mientras que la Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares (RINP) y la *Culpa in contrahendo* (CIC) se enfocan únicamente en la búsqueda de compensa-

ciones por daños emergentes (interés negativo o daños de confianza), el *Promissory estoppel* (PE) amplía su alcance. Este último no sólo considera los daños por interés negativo (daño emergente) sino también los daños por interés positivo (lucro cesante o daños de expectativa), siempre y cuando el demandante pueda demostrar los daños con un grado de certeza razonable. Además, en ciertas ocasiones, contempla la ejecución forzosa (specific reliance).

10. No hay un equivalente del PE en el derecho continental o del civil law, destacándose por su eficacia y equidad en comparación con la *Culpa in contrahendo* del civil law.

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *CIVIL LAW* Y EL *COMMON LAW: CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL* Y LA *MISREPRESENTATION* COMO PILARES JURÍDICOS

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
en el mes de septiembre de 2024.